

MARIANO EZEQUIEL BARROS RIVADENEIRA

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO
POR FALTA DE ACCESO AL AGUA POTABLE EN EL PUEBLO WAYÚU**

(Maestría en Derechos Humanos y Democratización)

Bogotá D.C., Colombia 2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRATIZACIÓN

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Directora Departamento

Derecho Constitucional: **Dra. Magdalena Correa Henao**

Director de Tesis: **Dr. Juan Alejandro Suárez Salamanca**

Examinador: **Dr. Jalil Alejandro Magaldi Serna**

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá. Estudiante de Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente laboro en la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Con infinito amor y los más profundos y genuinos sentimientos de generosidad y agradecimiento, dedico esta tesis a mis queridos padres, Ezequiel Enrique y Luz Ena, apreciados hermanos, Zuleika, Zuleima, Amado, Shirley y Silka, y adorados hijos, Mariano Andrés y Luciana, que son la razón de mi diario vivir.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN MATERIA DE AGUA POTABLE EN COLOMBIA	8
1.1 Aspectos generales de la Ley 142 de 1994 frente al abastecimiento hídrico.....	8
1.2 Competencias de los municipios, los departamentos y la Nación en el suministro de agua potable	11
Conclusiones del capítulo	15
CAPÍTULO 2. DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE: FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS ESENCIALES A NIVEL LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	16
2.1 El Derecho Humano al agua en el derecho internacional	16
2.1.1 El DH en el sistema interamericano de derechos humanos.....	18
2.1.2 Contenido básico del derecho conforme a los instrumentos internacionales	20
2.2 El derecho humano al agua en Colombia	22
2.2.1 Evolución y reconocimiento del derecho en la jurisprudencia	24
2.2.2 Protección del derecho frente a las entidades estatales	24
Conclusiones del capítulo	27
CAPÍTULO 3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: ANÁLISIS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO POR LA OMISIÓN EN LA FORMULACIÓN O IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	28
3.1 Políticas públicas: Manejo internacional y en Colombia	28
3.2 Prolongada ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales sobre un problema social como hecho configurativo del daño	33
3.3 Efectos de la escasez del recurso hídrico sobre la población: existencia del daño antijurídico.....	36
3.4. Juicio de imputación a partir de la posición garante del Estado.....	41
3.5 Aplicación del régimen de falla probada o falla presunta ¿Cuál sería adecuado adoptar?.....	45
Conclusiones del capítulo	47
CAPÍTULO 4. PROBLEMÁTICA DE ACCESO AL AGUA POTABLE AL PUEBLO WAYÚU: UNA REALIDAD PROLONGADA EN EL TIEMPO QUE PUEDE GENERAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL AL ESTADO	47
4.1 Causas sociales, económicas y políticas que originan el desabastecimiento	48

4.2 Actuaciones del Estado frente a las deficiencias en la obtención del líquido vital: gestiones dispersa e insuficientes para garantizar el derecho	51
4.3 Ausencia prolongada de medidas coordinadas como supuesto generador de daño antijurídico	54
4.4 .Desconocimiento del deber de garante de las autoridades nacionales y locales en la provisión del recurso hídrico	56
4.5 Eximentes de responsabilidad estatal por la falta de suministro de agua potable (principio de progresividad y margen nacional de apreciación frente a los derechos económicos, sociales y culturales)	58
4.6 Solución de política pública para el abastecimiento de agua potable a la población Wayúu	61
Conclusiones del capítulo	65
CONCLUSIONES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN	66
RECOMENDACIONES FINALES.....	68
BIBLIOGRAFÍA	70

INTRODUCCIÓN

La comunidad Wayúu de La Guajira, ha venido padeciendo históricamente de falta de agua potable para su consumo y actividades cotidianas, lo que ha ocasionado que sus integrantes, especialmente su población más vulnerable como niños, mujeres embarazadas o lactantes y personas de la tercera edad, sean víctimas constantes de enfermedades gastrointestinales y problemas de desnutrición que han afectado significativamente sus condiciones de existencia. Para el año 2019 aproximadamente 180 madres Wayúu fallecieron como consecuencia del deficiente abastecimiento hídrico, cifras que están 3,5 veces por encima del promedio nacional, también murieron 63 niños y adolescentes, cantidad que es 8 veces superior a la media nacional¹.

Los miembros de esta etnia han tenido que enfrentar un desabastecimiento hídrico crónico debido a circunstancias como las grandes distancias que separan sus hogares de las fuentes del recurso acuífero, la contaminación de los pozos o jagüeyes desde los cuales se abastecen para sus actividades cotidianas y la insuficiente cantidad de agua a la que pueden tener acceso para la ejecución de sus labores diarias.

Frente a esta realidad, el Estado colombiano ha asumido un rol débil y coyuntural que no ha solucionado de forma estructural las causas que originan la ausencia del recurso hídrico en medio de un contexto de olvido y abandono institucional que margina a la población Wayúu de acceder a fuentes de agua potable en sus territorios, en condiciones de asequibilidad, disponibilidad y calidad.

El agua potable es un derecho fundamental autónomo dentro de los instrumentos internacionales y las normas legales y constitucionales nacionales, razón por la cual el Estado debe garantizar, ya sea mediante operadores públicos o privados, la infraestructura necesaria, las redes de conexión, los tanques de abastecimiento, el personal suficiente, la estructura administrativa y financiera y los equipos técnicos adecuados para que los pobladores puedan obtener el líquido vital.

La acción del Estado para asegurar el abastecimiento hídrico no es aislada o descoordinada, hay un entramado institucional y una distribución de competencias establecidas dentro del ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley 142 de 1994, que permite asegurar las condiciones suficientes para que el agua potable pueda llegar a los ciudadanos. La ausencia de gestiones sincronizadas y articuladas entre entidades del orden nacional y territorial, puede llegar a obstaculizar o impedir que el recurso hídrico llegue a sus destinatarios, especialmente cuando se trata de grupos vulnerables como la población Wayúu, frente a los cuales es imprescindible remover barreras sociales, físicas y económicas que han limitado históricamente su acceso a fuentes de agua potable.

Estas acciones articuladas son medidas de política pública, planeadas y ejecutadas por las autoridades nacionales, departamentales y municipales, que permiten corregir la situación de marginación social de comunidades como la Wayúu, que han sido permanentemente discriminadas, de manera que puedan ejercer sus derechos en condiciones de dignidad, brindándoles las oportunidades para que alcancen su propio desarrollo. Dentro del organigrama constitucional y legal, el Estado es responsable de adoptar gestiones articuladas entre las diferentes entidades públicas, para garantizar que las poblaciones,

¹ Contraloría General de la República. La Guajira: Recuento de la situación en salud. Boletín Macro Sectorial, 2019.

especialmente las vulnerables, puedan acceder a agua potable, pues, de no ser así, deberá responder por omitir esas acciones. Esta responsabilidad trasciende la órbita contractual² y se encuentra establecida dentro de diferentes normas nacionales e internacionales que buscan proteger a las comunidades de daños antijurídicos ocasionados por la desidia o la omisión de las autoridades públicas.

En este contexto es que surge la pregunta que orienta la presente investigación, que busca determinar si ¿puede presentarse responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la falta de formulación e implementación de políticas públicas que garanticen el acceso al agua potable al pueblo Wayúu?

Se trata de un tema vigente, pues en la actualidad no se ha explorado la posibilidad de responsabilizar al Estado colombiano en el marco del derecho contencioso administrativo, por la ausencia del recurso hídrico que padece esta población, sin que se le haya dado una solución estructural a su problema de abastecimiento hídrico.

El propósito de la investigación se circunscribe a establecer si se presenta la responsabilidad del Estado por la falta de acceso al agua potable al pueblo Wayúu, teniendo como eje estructural, analizar si el Estado ha adoptado o no políticas públicas sincronizadas y eficientes frente al déficit hídrico que padece esta comunidad, conforme con el organigrama constitucional y legal dispuesto en el ordenamiento colombiano frente al servicio público de agua potable.

Para analizar de manera holística el tema de investigación se plantea la siguiente hoja de ruta:

Un primer capítulo, en el cual se analizará el régimen de servicios de públicos de agua potable en Colombia, en que también se van a examinar los aspectos generales de la Ley 142 de 1994 frente al abastecimiento hídrico, y en el que, posteriormente, se abordarán las competencias de los municipios, departamentos y la Nación en el suministro de agua potable. Este acápite tiene como propósito comprender las competencias y los fines sobre los cuales deben actuar las diferentes entidades públicas para garantizar el servicio de agua potable a la población Wayúu

Un segundo capítulo, en el cual se estudiarán los fundamentos y elementos esenciales a nivel legal y jurisprudencial del derecho humano al agua potable. En este apartado se analizará inicialmente este derecho humano dentro del sistema de Naciones Unidas y el sistema interamericano. Luego se abordará su contenido básico conforme a esos instrumentos internacionales. Más adelante, se analizará el aludido derecho humano en Colombia, teniendo en cuenta su evolución jurisprudencial y su protección frente a entidades estatales. El objetivo primordial de este acápite radica en entender cuáles son las condiciones mínimas que a nivel nacional e internacional pueden exigir los Wayúu para la protección de su derecho al agua potable.

Un tercer capítulo, en el cual se abordará la eventual responsabilidad extracontractual del Estado por la falta de agua potable a la población Wayúu. Allí examinará la posible configuración de un daño antijurídico por la omisión en la formulación e implementación

² El hecho que trascienda la órbita contractual hace alusión a que rebasa lo contenido en un simple contrato o en cualquier acuerdo de voluntades firmado por escrito.

de políticas públicas frente a esta comunidad. Esta sección inicia con el análisis del concepto de políticas públicas a nivel internacional y en Colombia. Luego, se abordará la ausencia de medidas por parte del Estado como un hecho configurativo del daño. Más adelante, se analizarán los efectos del recurso hídrico sobre la población como generadores de un daño antijurídico, teniendo como fundamento el desconocimiento de la posición de garante. Y, posteriormente, se examinará cuál régimen probatorio puede ser el aplicable para la imputación del daño al Estado.

Un cuarto capítulo, en el cual se examinará la problemática de acceso al agua potable al pueblo Wayúu, trascendiendo de un enfoque crítico a una postura propositiva tendiente a generar soluciones estructurales. En este acápite se analizarán inicialmente las causas sociales, económicas y políticas que originan el desabastecimiento. Después, se identificarán las actuaciones del Estado frente a este déficit hídrico. Más adelante, se analizará la ausencia prolongada de medidas coordinadas del Estado como hecho generador de daño antijurídico. Luego, se examinará la posición de garante por parte de las autoridades nacionales y locales frente al abastecimiento hídrico como supuesto de imputación del daño. Posteriormente, se determinará si es posible exonerar el Estado, con base en varias causales eximentes de responsabilidad. Y por último, planteará una solución de política pública que, después de determinar los actores nacionales, departamentales y municipales involucrados, los vacíos y brechas pendientes frente al abastecimiento hídrico, y las acciones de corto y largo plazo a realizar, pueda ser útil para garantizar el acceso al agua potable al pueblo Wayúu en condiciones de accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y calidad.

Al final se elaboran unas conclusiones generales y recomendaciones finales que sintetizan los hallazgos encontrados.

CAPÍTULO 1. RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN MATERIA DE AGUA POTABLE EN COLOMBIA

En el presente capítulo se busca determinar las competencias de las entidades municipales, departamentales y nacionales, en materia de prestación del servicio de agua potable, teniendo como eje tutelar la Ley 142 de 1994 que reglamenta el suministro del recurso hídrico en el país. Ello con la finalidad de comenzar a identificar desde una perspectiva genérica cuál autoridad pública podría ser virtualmente responsabilizada extracontractualmente por los daños ocasionados por la falta del líquido vital a la población Wayúu.

1.1 Aspectos generales de la Ley 142 de 1994 frente al abastecimiento hídrico

La historia del servicio público domiciliario de agua potable en Colombia se inició en las últimas décadas del siglo XIX. Según Valencia Martín, el servicio fue provisto inicialmente por particulares que tenían presencia local, teniendo como ejemplos los casos de Bogotá (1886), Barranquilla (1880) y Medellín (1891)³. Después de 1910, conforme a la investigación de Mesa, Muñoz y Agudelo, se presentó una transformación en la propiedad de los activos, el Estado fue asumiendo su prestación de manera creciente, primero por los municipios y luego por los departamentos y la Nación, hasta llegar a la

³ Germán VALENCIA MARTÍN. “Economía política del servicio público de agua potable en Colombia”, en *Agua: un recurso escaso*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1ed, Álvaro SÁNCHEZ BRAVO (dir.), 2006, p.199.

década de los noventa, donde se puede argumentar que hubo una estatización completa del servicio de agua potable en el país⁴. A partir de este momento aparece la Ley 142 de 1994⁵, que abrió la posibilidad a los particulares para que operaran, mantuvieran y administraran sistemas de provisión del recurso hídrico para el público.

Esta reforma legal consagró un régimen de servicios públicos para el suministro de agua potable bajo la óptica que los ciudadanos pudieran acceder a una provisión suficiente, salubre, aceptable y eficiente del líquido vital. Según Cardozo, a través de esta medida legislativa se buscó garantizar un servicio de agua potable, bajo los siguientes lineamientos:

- i) Disponibilidad: continuidad y eficiencia en el servicio.
- ii) Calidad: suministro libre de microorganismos y sustancias nocivas para la salud.
- iii) Economía: bajo una tarifa razonable.
- iv) Igualdad: provisión para toda la población sin discriminación⁷.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-418 de 2010, señaló que este régimen tenía como fin mejorar la cobertura del líquido vital en todo el país, atender las necesidades básicas insatisfechas de los usuarios, prestar de forma ininterrumpida el servicio a la población, promover la libertad de competencia, garantizar la participación de las personas en la gestión y fiscalización del suministro y establecer un esquema de tarifas proporcional a la capacidad de pago de los individuos⁸.

Para González, un elemento fundamental de la ley de servicios públicos es que la provisión de agua se consideró como un bien económico, que podía ser ofrecido y demandado en el mercado por la población a un precio que cubriera los costos y rentabilidades y así los particulares tendrían incentivos para participar en su prestación. Asimismo, se tuvieron en cuenta a los individuos de menores ingresos, específicamente a quienes pertenecen a estratos 1, 2 y 3 para que tuvieran la posibilidad de acceder a subsidios con los cuales pudieran sufragar el costo del recurso hídrico conforme a sus ingresos económicos⁹.

A partir de este estatuto legal, señala Martínez, se realizaron una serie de cambios a nivel institucional con el fin de establecer derechos y deberes de los usuarios y empresas, instaurar la libre competencia entre empresas públicas, privadas y mixtas en la prestación del servicio y confiar al Estado la inspección, vigilancia y control del suministro del

⁴ Jhonny MESA, Carolina MUÑOZ, y Germán AGUDELO. “Comunidades organizadas y el servicio público de agua potable en Colombia: una defensa de la tercera opción económica desde la teoría de recursos de uso común”, *Revista Ecos de Economía*, Universidad EAFIT, n°37, 2013, p.130.

⁵ Congreso de la República de Colombia, Diario oficial número 41.433 de 11 de julio de 1994. Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html. [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁷ Germán Darío ISAZA CARDOZO. *El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de Acueducto en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario. Tesis para optar al título de Magister en Derecho Administrativo, 2014, p.7.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹ Olga Sofía GONZÁLEZ. *El agua potable. Un servicio público y un derecho humano*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Tesis para optar al título de Magister en Derecho Público., 2011, p.16. Es importante hacer referencia al artículo 368 de la Constitución Política que señaló que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas pueden conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

recurso hídrico¹⁰. El sistema para la protección del agua potable, según el Decreto 1575 de 2007, se encuentra a cargo de los Ministerios de Salud¹¹ y de Ambiente¹², los cuales definen las políticas generales, mientras la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede abrir investigaciones administrativas y velar por el cumplimiento de las normas en materia de calidad de agua frente a los prestadores¹³. Es importante precisar que el Ministerio de Ambiente, tiene a su cargo la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico, la cual es responsable de los temas de planeación en materia de cobertura del líquido vital. A este último Ministerio se adscribe, la Comisión de Regulación de Agua Potable¹⁴ y Saneamiento Básico –CRA– y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹⁵.

El estudio de las funciones de estos entes nacionales es fundamental para determinar si conforme con sus deberes orgánicos desplegaron las actuaciones necesarias para garantizar el suministro hídrico a la población Wayúu o, por el contrario, no cumplieron su rol dentro del sistema de protección del agua, debiendo responder por la ausencia del líquido vital a ese colectivo étnico¹⁶. Para la Corte Constitucional, el régimen de servicio

¹⁰ John Jairo MARTÍNEZ. “La regulación de agua potable y alcantarillado, anotaciones al modelo colombiano”, *Revista Contexto*, Universidad Externado de Colombia, n°16, 2003, p.42.

¹¹ Según el artículo 5 del Decreto 1575 de 2007. El Ministerio de Salud, en cumplimiento de las funciones a su cargo, adelantará las siguientes acciones: 1. Reglamentar todos los aspectos concernientes a la definición de las características físicas, químicas y microbiológicas del agua para el consumo humano. 2. Diseñar los modelos conceptuales, técnicos y operativos y de protocolos que sean requeridos para el control y vigilancia para garantizar la calidad del agua para consumo humano. 3. Diseñar la guía de criterios y actividades mínimas que deben contener los estudios de riesgo, programas de reducción de riesgos y los planes de contingencia. 4. Evaluar los resultados de la implementación de las disposiciones del presente decreto. Presidencia de la República. Decreto 1575 de 2007. Por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30007> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

¹² *Ibíd.*

¹³ Artículo 6 del Decreto 1575 de 2007. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios será la autoridad competente para iniciar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones a que haya lugar a las personas prestadoras que suministren o distribuyan agua para consumo humano por incumplimiento de las disposiciones del presente decreto y en los actos administrativos que lo desarrollen.

¹⁴ Las funciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento básico se encuentran en los artículos 73 y 74.2 de la Ley 142 de 1992 y en términos generales son, regular los monopolios y evitar prácticas de competencia desleal o abuso de la posición dominante, fijar la metodología tarifaria, determinar los criterios de eficiencia para la prestación del servicio, establecer normas de calidad, dar concepto sobre la legalidad de los contratos de servicios públicos de agua y resolver controversias entre las empresas de servicios públicos de agua.

¹⁵ Las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentran establecidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y pueden sintetizarse en vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, garantizar el cumplimiento de los contratos entre los usuarios y las empresas prestadoras, vigilar que los subsidios se garanticen a las personas de menores ingresos, mantener un registro de los prestadores y sancionar con multas a las empresas que incumplan sus obligaciones con sus usuarios o se sustraigan de sus deberes legales.

¹⁶ La Corte Constitucional ha señalado en múltiples providencias que puede presentarse responsabilidad del Estado por las fallas en la prestación de servicios públicos que afectan de forma concreta a personas particulares. Para ello, se pueden retomar varios casos en los que estableció la responsabilidad de entidades nacionales por el racionamiento del fluido eléctrico. En primer lugar, se trae a colación la sentencia T-380 de 1994, que estableció la responsabilidad del Ministerio de Minas por la suspensión del servicio que realizó la Electrificadora de Boyacá a un Colegio del municipio de Guateque, al no adoptar medidas para su reactivación y su continuidad; asimismo, puede retomarse la sentencia T-1205 de 2004 donde se estableció que el Estado debía responder por la suspensión del servicio de energía al Hospital Materno Infantil de la Ciudadela Metropolitana de Soledad, Atlántico, efectuada por Electricaribe, donde se indicó que el servicio de fluido eléctrico no podía ser paralizado si con ello se vulneraban derechos fundamentales como la vida

de agua potable, le impone una trascendente responsabilidad al Estado a partir de la cual debe articular múltiples actores públicos y privados con el objetivo de cubrir las necesidades básicas insatisfechas de las poblaciones en el país, buscando el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de las personas y la garantía de una cobertura universal estructurada bajo un sentido de inclusión y equidad social, pues de lo contrario podría ser responsabilizado por la omisión de sus deberes funcionales¹⁷.

1.2 Competencias de los municipios, departamentos y la Nación en el suministro de agua potable

Según Valencia, la Constitución Política le asignó a los municipios colombianos la responsabilidad de asegurar la adecuada prestación y la gestión del servicio de agua potable en su jurisdicción, sea por medio de empresas oficiales, privadas o mixtas, además les dio responsabilidades concretas sobre el funcionamiento de dichas empresas y el subsidio a los usuarios¹⁸. En el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 se señala que estas entidades territoriales deben asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Ello implica que el servicio puede prestarse directamente por una empresa pública o privada, siempre que satisfaga condiciones de eficiencia, sanidad, continuidad y disponibilidad. Según Reyes Valvuela, el primer eslabón para establecer la responsabilidad del Estado por un suministro deficiente o escaso de agua potable es el Municipio, ya que es el ente más próximo a las necesidades de los habitantes y por ello si se presentan daños a la población por la falta del líquido vital, debe ser el primer llamado en responder por esas irregularidades¹⁹.

A los departamentos, por su parte, según Cabra, se les endilgó la labor de prestar asistencia técnica y financiera a los municipios, así como propiciar su asociación para fines de eficiencia y obtención de economías de escala²⁰. En el artículo 7 de la Ley 142 de 1994, se establece que los departamentos deben apoyar financiera, técnica y

o la integridad personal; igualmente se puede hacer alusión a la sentencia T-752 de 2011 donde se examinó el caso de varias personas a quienes se les había suspendido el suministro de energía por parte de la Central Hidroeléctrica de Caldas, en este fallo se indicó que el fluido eléctrico en Colombia, atendidas sus condiciones tecnológicas y económicas actuales y su alta dependencia de dicho recurso, podía comprometer la responsabilidad del Estado si se presentaba una carencia frente a un colectivo en condiciones vulnerables que requiriera el servicio para satisfacer sus necesidades básicas. También, se hace referencia a la sentencia T-761 de 2015, en la cual se analizó el racionamiento del servicio de la empresa industrial y comercial EMCALI a varias personas y en la que se indicó que tal medida comprometía la responsabilidad del Estado, dado que el acceso al fluido eléctrico constituía una condición para el disfrute de otros servicios y garantías fundamentales, por lo que las entidades nacionales estaban en la obligación de garantizar el servicio, aun si los particulares se resistieran a proveerlo.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra.

¹⁸ Germán VALENCIA MARTÍN. *Ibíd.* p.204. Ello se puede corroborar en el artículo 367 de la Constitución Política el cual señala que la «ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas».

¹⁹ Martha REYES VALVUELA. *La responsabilidad del Estado ante la no prestación del servicio de agua potable*. Bogotá: Universidad Libre. Monografía para optar por el título de abogada, 2016, p.18.

²⁰ Luis Eduardo AMADOR CABRA. “El nuevo marco regulatorio tarifario del sector de agua y saneamiento básico, avances y extravíos”, *Revista Contexto* Universidad Externado, n° 23, 2007, p.31.

administrativamente a las empresas de servicios públicos de agua potable que operan en su jurisdicción territorial, así como a los municipios que hayan asumido la prestación directa²¹. Hay que señalar que actualmente existen unos Planes Departamentales de Agua²², mediante los cuales se promueve la construcción de obras de acueducto y alcantarillado con los recursos del Sistema General de Participaciones²³, a través de contrataciones con empresas de servicios públicos de carácter estatal o privado. Según Palacios Sanabria, los departamentos han tomado una singular importancia en el abastecimiento hídrico, siendo especialmente relevantes para efectuar labores de auxilio y cooperación con los municipios, de manera que podrían ser responsabilizados por situaciones de déficit o escasez del recurso hídrico en los territorios, cuando no despliegan sus deberes de colaboración con los entes municipales para garantizar la prestación del servicio a la población²⁴.

También se tiene que en el artículo 8 de la Ley 142 de 1992 se consagra que la Nación puede prestar directamente los servicios de agua potable, siempre y cuando los municipios y departamentos no tengan la capacidad suficiente para abastecer la demanda de la población. Para Richard Ramírez, ello implica que la Nación podría ver eventualmente comprometida su responsabilidad a nivel extracontractual, cuando no corrige la actuación deficitaria de los entes municipales y departamentales en el suministro del recurso hídrico, debiendo asumir los daños generados por la falta de actuación supletoria²⁵.

Si se analiza cada uno de los ámbitos competenciales, se puede evidenciar que los municipios, según lo postula Sánchez Cubides, tienen una competencia preferente para la prestación del servicio de agua potable ya sea a través de empresas públicas o privadas, pues deben girar los recursos necesarios para el desarrollo de obras de acueducto y

²¹ Según el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 los municipios pueden prestar directamente el servicio de agua potable siempre que las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá: «6.1 Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo; 6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada; 6.3. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer».

²² Según el artículo 1 del Decreto 3200 de 2008, los Planes Departamentales de Agua son «un conjunto de estrategias de planeación y coordinación inter institucional, formuladas y ejecutadas con el objeto de lograr la armonización integral de los recursos, y la implementación de esquemas eficientes y sostenibles en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico».

²³ El Sistema General de Participaciones (SGP) está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales —departamentos, distritos y municipios—, para la financiación de los servicios a su cargo, en salud, educación, agua potable y saneamiento básico. Este sistema está conformado de la siguiente manera: a) una participación con destinación específica para el sector educativo, denominada participación para educación, con un porcentaje del cincuenta y ocho punto cinco 58.5%; b) una participación con destinación específica para el sector salud, denominada participación para salud, con un porcentaje del veinte cuatro punto cinco 24.5%; y c) una participación de propósito general que incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico, denominada participación para propósito general, con un porcentaje del diecisiete 17.0%.

²⁴ María Teresa PALACIOS SANABRIA. “El Derecho al servicio público domiciliario de acueducto”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol.4, n°7, 2005, p.17.

²⁵ Richard RAMÍREZ. *El acceso al agua potable. Un deber estatal: cómo el servicio público de acueducto garantiza el derecho social fundamental de acceso al agua potable*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tesis para optar al título de Doctor en Derecho, 2016, p.168.

alcantarillado, garantizar los subsidios a las personas de menores ingresos, asegurar el acatamiento de las metodologías tarifarias impuestas por la CRA, implementar esquemas de estratificación y velar por el cumplimiento de estándares de calidad, disponibilidad, continuidad y eficiencia en la provisión del recurso hídrico a la población²⁶.

Los Departamentos tampoco son ajenos a la prestación del servicio, pues la Ley 1176 de 2007 les otorgó una competencia concurrente para promover, estructurar e implementar esquemas regionales de agua potable, es decir, que varios municipios puedan tener acceso a un mismo operador o prestador, y además para que garanticen la provisión del elemento acuífero a los municipios no certificados de manera eficiente, oportuna y continua. Hay que precisar que el proceso de certificación es un aval que otorga la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a los municipios para que administren directamente los recursos que la Nación les transfiere para agua y saneamiento básico, siempre y cuando garanticen el cumplimiento de cuatro requisitos²⁷:

- La destinación de estos recursos a actividades como la construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto, financiación de programas de ahorro de agua, inversión en planes de infraestructura y adquisición de equipos y maquinarias para la prestación del servicio.
- La creación y puesta en funcionamiento de un Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso que garantice que las personas de menores ingresos de los estratos 1, 2 y 3 puedan acceder a subsidios para el pago de la tarifa de agua.
- Aplicación de una estratificación económica, conforme a la Metodología Nacional²⁸.
- Asegurar el equilibrio entre los subsidios y las contribuciones, de manera que se garantice que las contribuciones que los estratos 4, 5 y 6 efectúan en su factura de pago, sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios del Municipio²⁹.

²⁶ Pedro Alfonso SÁNCHEZ CUBIDES. “El sector público estatal y las competencias de las entidades territoriales en Colombia”, *Revista Derecho y Realidad*, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. vol.13, n°25, 2015, p.39. Estas funciones se encuentran establecidas de forma específica en el artículo 4 de la ley 1176 de 2007.

²⁷ Estos requisitos se encuentran establecidos en el artículo 4 de la ley 1176 de 2007.

²⁸ Según el Dane, la determinación de la estratificación económica en cada municipio se calcula a partir de una metodología que abarca los procedimientos técnicos de realización de los estudios, basados en información predial catastral disponible, así como en datos recopilados directamente por las alcaldías, como los métodos de zonificación y clasificación para la conformación de estratos. Están contenidas en manuales y aplicativos de computador que se suministran directamente a cada alcaldía y permiten que los resultados se actualicen permanentemente. Es importante señalar que según el artículo 99.6 de la ley 142 de 1994 en ningún caso el subsidio puede ser superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% de ese costo para el estrato 2, ni superior al 70% de ese valor para el estrato 1. DANE. Metodología de estratificación socioeconómica urbana para servicios públicos domiciliarios. Dirección de Geoestadística, 2019. Disponible en

<https://www.dane.gov.co/files/geoestadistica/estratificacion/EnfoqueConceptual.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

²⁹ El equilibrio entre las contribuciones y los subsidios requiere el cumplimiento de los siguientes presupuestos: 1.la realización de una proyección de usuarios y consumo, 2. L existencia de una estructura tarifaria vigente. 3. Una estimación del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de aportes solidarios 4. La recopilación de información relativa al número total de usuarios atendidos, discriminados por servicio, estrato y uso. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 99 de 2015. Disponible en https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto_superservicios_0000099_2015.htm [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

Si los municipios no reúnen la integralidad de presupuestos anteriores, pueden ser objeto de una descertificación, lo que conduce a que sea el departamento el que tome la administración directa de los recursos de la Nación, para asumir la competencia privativa de la prestación de servicio de agua potable³⁰. Sin embargo, si los municipios se encuentran certificados, asumen una competencia concurrente con el departamento para garantizar la cobertura de agua potable a la población, lo cual implica en términos prácticos, según la sentencia C-149 de 2010, que «*en determinadas materias y frente a un objetivo específico, la actividad del Estado se cumple con la participación de varias entidades territoriales, sin que ello implique el desconocimiento de sus deberes y funciones esenciales*»³¹. Se trata entonces de una intervención complementaria encaminada a asegurar el suministro del líquido vital a la población, sin que se pierdan los roles que les son conferidos a cada entidad territorial en virtud de la descentralización.

La Nación, por su parte, desempeña un papel subsidiario en la provisión del servicio de agua potable, pues su intervención está condicionada a que los departamentos y municipios no tengan la capacidad suficiente para garantizar el suministro del recurso hídrico a los habitantes. Para García, ello significa que las autoridades nacionales en forma transitoria y parcial deben asumir las competencias de los departamentos y municipios cuando se demuestre su imposibilidad de ejercer debidamente determinadas atribuciones. Ello ocurre por lo regular cuando se vulnera el derecho al agua potable de un colectivo territorial, por actuaciones deficitarias de las entidades encargadas de garantizar la provisión del líquido vital³².

Es importante advertir que los municipios, departamentos y la Nación, aunque tienen unas competencias diferenciadas en materia de prestación de agua potable, deben actuar conforme a un criterio de coordinación a partir del cual están obligados a garantizar una sincronía de sus acciones, sin exclusión de entidades que, por razón de la materia, tengan que hacer presencia para satisfacer el derecho al recurso hídrico a la población³³. Según Mitre Guerra, ello significa que las autoridades territoriales y nacionales deben actuar conjunta y articuladamente en marco de sus funciones, para garantizar el acceso al agua en todo el país, asegurando la infraestructura necesaria, las redes de conexión, los tanques de abastecimiento, el personal suficiente, la estructura administrativa y financiera y los equipos técnicos adecuados, ya que las personas no tienen por qué asumir los efectos del desorden o la desarticulación de competencias entre los distintos entes gubernamentales³⁴.

En ese orden de ideas, se puede comenzar a vislumbrar que la falta de coordinación y articulación de competencias entre el municipio, el departamento y la Nación, en el suministro del recurso hídrico, puede ser un elemento determinante para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado por la falta de cobertura del líquido vital a las poblaciones, situación que puede ser extrapolada a la comunidad Wayúu, donde el Estado,

³⁰ Para profundizar sobre esta temática se recomienda consultar a Diego Armando BARRERA AYALA. El proceso de certificación municipal en agua potable y saneamiento básico, *Revista Administración y Desarrollo*, Escuela Superior de Administración Pública, vol.37, n°51, 2009. p.59-80.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³² Diva GARCÍA. “Ordenamiento territorial y descentralización: competencias, recursos y perspectivas”, *Revista Papel Político*, Universidad Javeriana, vol.13, n° 2, 2008, p.479.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-312 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Eduardo MITRE GUERRA. La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de tribunales internacionales de derechos humanos, *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, n° 35, 2013, p.242.

según la Defensoría del Pueblo, no ha tenido una presencia articulada y armonizada en sus niveles descentralizados que permita garantizar el suministro del recurso hídrico a ese colectivo étnico³⁵. Para finalizar, hay que advertir que el departamento de la Guajira cuenta con 14 de sus municipios certificados en agua potable y saneamiento básico³⁶, conforme a información oficial³⁷, quedando excluido únicamente el municipio de Uribia que se encuentra actualmente descertificado. Ello significa que la mayoría de las entidades municipales, ya sea a través de empresas oficiales, mixtas o privadas se encuentran en condiciones de suministrar el agua potable a la población Wayúu, lo cual no es óbice para que el Departamento y la Nación, de conformidad con sus competencias, actúen de forma articulada y coordinada con los municipios para garantizar el suministro del recurso hídrico a la población.

Conclusiones del capítulo

i) El régimen de servicios públicos domiciliarios contemplado en la Ley 142 de 1994, le impone la responsabilidad al Estado de articular múltiples actores públicos y privados para garantizar un servicio de agua potable, bajo parámetros de calidad, disponibilidad, continuidad y eficiencia, procurando el acceso al recurso hídrico a las personas conforme a su capacidad de pago y asegurando el otorgamiento de subsidios a sujetos de menores ingresos, de lo cual se deriva que la ausencia del líquido vital por fenómenos de desarticulación política y administrativa, es un daño que recae ineludiblemente en las autoridades estatales.

ii) Las competencias que la Constitución y la ley confieren a las entidades territoriales y a la Nación en la provisión del agua potable son las siguientes: i) a los municipios le otorga una competencia prevalente para asegurar la prestación del líquido vital, a través de entidades públicas o privadas, debiendo transferir los recursos para la ejecución de las obras, aplicar metodologías tarifarias, desarrollar modelos de estratificación y verificar la salubridad, accesibilidad y permanencia del servicio; ii) a los departamentos les estableció una competencia concurrente para garantizar el suministro de agua potable a través de los Planes Departamentales de Agua, que buscan asegurar la cobertura del recurso hídrico a las regiones lejanas del país y a los municipios no certificados; y iii) a la Nación le asignó una competencia subsidiaria para asegurar el suministro de agua cuando las entidades territoriales no fueren capaces de brindar un servicio adecuado e idóneo. En ese sentido, si bien existe un orden de prelación de las autoridades públicas para responder extracontractualmente por los daños ocasionados por la falta de agua potable, es posible que tengan que resarcir los perjuicios conjuntamente cuando no actúan de forma coordinada y armonizada para garantizar la prestación del servicio, lo cual deriva en el incumplimiento de los roles que el ordenamiento jurídico les consagra.

³⁵ Defensoría del Pueblo. *Crisis humanitaria en la Guajira*. Informe Nacional. Acción integral de la Defensoría del Pueblo en el Departamento, 2014, p.22.

³⁶ Los municipios certificados son: Albania, Barrancas, Dibulla, Distracción, El Molino, Fonseca, Hatonuevo, la Jagua del Pilar, Maicao, Manaure, Riohacha, San Juan del Cesar y Urumita. Ministerio de Vivienda (2016). Proceso de certificación del grupo de monitoreo SGP-APSB. Disponible en http://www.minvivienda.gov.co/Paginas/Viceministerios/Viceministerio_Agua/Proceso-de-certificacion-del-grupo-de-monitoreo-SGP-APSB.aspx

³⁷ *Ibíd.*

CAPÍTULO 2. DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE: FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS ESENCIALES A NIVEL LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En este capítulo se analizará el derecho humano al agua potable desde una perspectiva internacional y nacional, también se identificarán los elementos legales y jurisprudenciales que caracterizan su protección en cada uno de estos ámbitos. Se examinará, por una parte, cómo los sistemas de Naciones Unidas y el Interamericano han contemplado la posibilidad de hacer responsable a los Estados por la falta de satisfacción del derecho en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad, también se estudiarán los instrumentos normativos y jurisprudenciales colombianos, principalmente los aportes de la Corte Constitucional, que han permitido responsabilizar a diferentes entidades públicas por la falta de protección efectiva del derecho.

2.1 El Derecho Humano al agua en el derecho internacional

El derecho al agua potable se enunció por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977. En este instrumento internacional se indicó que los Estados debían asegurar el acceso al recurso conforme a varias condiciones:

- Garantizando su provisión como un recurso escaso y finito
- Como un elemento inescindible para la vida humana
- Bajo cantidades racionales y moderadas
- Considerando su carácter irremplazable y su relevancia en el ecosistema³⁸.

Posteriormente, se expidió la Declaración de Dublín, aprobada durante la Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente de 1992 en la cual se señaló que el derecho al agua implicaba que los Estados mediante entidades públicas o privadas garantizaran la provisión del recurso acuífero como elemento esencial para el desarrollo humano y el medio ambiente, teniendo como eje central, la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones en todos los niveles³⁹.

En la Declaración del Milenio del 2000 se indica que la tutela del derecho al agua impone a los Estados el deber de poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos a nivel mundial, mediante estrategias de ordenación del suministro del líquido vital en los planos regional, nacional y local, promoviendo un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado⁴⁰.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mediante un informe en 2001, se pronunció sobre el derecho al agua, haciendo alusión especialmente a las fuentes de provisión del recurso, señalando que los Estados deben mejorar, extender y proteger las fuentes de abastecimiento del elemento acuífero, como las tuberías, fuentes públicas,

³⁸ Naciones Unidas. Conferencia de Naciones Unidas sobre el agua en Mar de Plata, 1977. Disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/105490/WHA30.33_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

³⁹ Naciones Unidas. Declaración de Dublín. Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente, 1992. Disponible en <http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/E1.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁴⁰ Naciones Unidas. Declaración del Milenio. Nueva York, 2000. Disponible en <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

bomba o pozos, de forma que el agua que se canaliza por estas conexiones sea apta para el consumo humano y también pueda servir para las actividades cotidianas de las personas⁴¹.

Igualmente el PNUD indicó que los Gobiernos debían realizar todas las gestiones para que cada persona en sus países tuviera acceso a una cantidad mínima de agua de al menos 50 litros por persona al día y señaló que cualquier obstáculo frente al derecho a disponer de agua, implica una limitación al ejercicio de todos los derechos económicos, sociales y culturales en su conjunto e interfería en el disfrute de un ambiente sano. Según McGraw este volumen mínimo de agua potable establecido por la comunidad internacional tiene como fin que las personas tengan acceso a un abastecimiento que satisfaga sus necesidades básicas de supervivencia, especialmente el consumo del recurso hídrico para uso personal y doméstico⁴².

En la Observación Número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, se indicó que el derecho humano al agua debía ser tutelado por el Estado por ser indispensable para vivir dignamente y como condición previa para la realización de otros derechos humanos. En esta normativa internacional se dijo que es posible responsabilizar a un Estado por no garantizar el derecho al agua potable cuando no cumple tres obligaciones fundamentales⁴³:

i) La obligación de respetar: que implica el deber por parte del Estado de abstenerse de interferir, obstaculizar, o impedir el acceso al derecho, es decir, que los entes públicos no adopten medidas que impidan directa o indirectamente el acceso al agua potable o sus derechos conexos.

ii) La obligación de proteger: que hace alusión a la adopción de medidas que sean necesarias y que, de acuerdo con las circunstancias, resulten razonables para asegurar el suministro del agua e impedir la interferencia de terceros. Esta obligación se concreta, en un deber del Estado de regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas u otras entidades, con el objetivo de impedir que estos interfieran o menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho del agua. Este deber compele a las entidades públicas a adoptar medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, contaminen o exploten de forma no equitativa los recursos de agua.

iii) La obligación de cumplir: exige a los Estados que adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole, adecuadas para hacer plenamente efectivo el derecho al agua. En ese orden de ideas se incorpora un deber para que las autoridades adopten una política nacional sobre los recursos hídricos

⁴¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe elaborado por el Relator Espacial, 2001. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/SRWaterIndex.aspx> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁴² George MCGRAW. "Defining and Defending the Right to Water and its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence", *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 8, n° 2, 2011, p.158.

⁴³ Naciones Unidas. El derecho al agua a nivel universal. Observación N°15 del Comité de Derechos Económicos y Sociales, 2002. Disponible en <https://www.esr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

que dé prioridad en la gestión del agua a los usos personales y domésticos esenciales; defina los objetivos de la extensión de los servicios de abastecimiento de agua, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles para cumplir esos objetivos; especifique la forma más rentable de utilizarlos; indique las responsabilidades y los plazos para llevar a la práctica las medidas necesarias; y vigile los resultados, para garantizar una reparación adecuada en caso de violación.

Según McGraw, estas obligaciones le imponen, por un lado, un deber activo a los Estados de proteger el suministro del agua potable en condiciones aptas para el consumo humano garantizando su provisión oportuna a la sociedad y evitando que sea objeto de prácticas contaminantes o degradantes por partes de terceros, y por otro, un deber pasivo de abstenerse de interferir, limitar o restringir el abastecimiento el recurso hídrico que las personas reciben cotidianamente para satisfacer sus necesidades. Ello significa que los Estados pueden ser responsabilizados, por no garantizar el abastecimiento del líquido vital en circunstancias óptimas, por no actuar ante las amenazas o daños contra el recurso hídrico o por impedir o interrumpir su provisión de forma injustificada o arbitraria⁴⁴. Según la Observación Número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, un Estado puede responder por actos de omisión en el suministro del agua potable cuando no adopta una política nacional sobre el agua y no garantiza medidas apropiadas para garantizar el pleno disfrute de ese derecho universal.

La comunidad internacional reconoce casi de forma unánime que el acceso al agua potable constituye un derecho humano esencial amparado por el derecho internacional. Ello se dejó establecido en la Resolución 64/292 de 2010, promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se indicó que se trataba de un derecho indispensable para el pleno disfrute de la vida y una condición básica para poder alcanzar los demás derechos humanos, como la salud, el trabajo, la educación, la vivienda y la alimentación⁴⁵.

En este instrumento se señaló la necesidad de crear mecanismos judiciales y extrajudiciales para exigirle a los Estados la protección del derecho en todos los países, buscando que las personas que no pueden acceder al recurso hídrico o no pueden costearlo, puedan tener un abastecimiento mínimo que les permita tener una vida digna.⁴⁶

Para ello se indicó que los Estados debían proporcionar los recursos financieros e impulsar el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacional, para proporcionar a toda la población un acceso cualitativo, continuo, oportuno y económico de agua potable a sus poblaciones⁴⁷.

2.1.1 El DH en el sistema interamericano de derechos humanos

Aunque ni en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José ni en el Protocolo Adicional a la Convención Americana o Protocolo de San Salvador, se hace

⁴⁴ George MCGRAW. *Ibíd.* p.151.

⁴⁵ Naciones Unidas. El Derecho al agua y al saneamiento. Resolución 64/92, 2010. Disponible en https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

mención expresa al derecho al agua, puede inferirse, desde una perspectiva sistemática de la interpretación de estos instrumentos, que este derecho se encuentra implícito en el artículo 4 de la Convención Americana⁴⁸, por cuanto la falta de acceso al agua impide la consecución de una existencia digna, y en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, el cual establece que «*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*», pues el suministro de agua es uno de los principales servicios públicos básicos para las personas»⁴⁹.

En las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existen referencias indirectas al derecho al agua que se aborda como un presupuesto *iusfundamental* para acceder a otros derechos como la vida, la alimentación, el trabajo, la vivienda y la educación.

En el 2005, en el caso de Yakye Axa contra Paraguay, ese Alto Tribunal Internacional señaló que la imposibilidad de acceder al agua limpia impacta de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos. Asimismo, se enfatizó que en el caso de los pueblos indígenas el acceso al recurso hídrico se encuentra directamente vinculado con la obtención de alimento y la realización de sus actividades laborales y culturales⁵⁰.

En el 2006, en el caso indígena Sawhoyamaxe contra Paraguay, la Corte Interamericana manifestó que el derecho al agua, especialmente su provisión a comunidades indígenas, supone que el Estado o los particulares garanticen una cantidad periódica de agua potable para el consumo humano y las actividades de aseo personal, previo un censo de la población que permita determinar los niveles promedio que requiere cada familia para subsistir en condiciones dignas y estables⁵¹.

En el 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Gobierno nacional de Colombia la adopción de medidas cautelares frente a la población Wayúu, al considerar que la alta mortalidad de menores de esa etnia está asociada a la falta de disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua, para lo cual se impuso la necesidad de acciones urgentes de protección y reparación por los daños generados en contra de ese grupo indígena⁵².

⁴⁸ Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

⁴⁹ Organización de Estados Americanos. Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, 1999. Disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>. [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁵⁰ Corte IDH. Caso Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia de 17 de junio. Fondo, Reparaciones y Costas, 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁵¹ Corte IDH. Caso Sawhoyamaxe contra Paraguay. Sentencia de 29 de marzo. Fondo, Reparaciones y Costas, 2006. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁵² CIDH. Resolución 50 de 11 de diciembre. Medida cautelar N° 51/15. Niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribí, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el departamento de La Guajira, respecto de Colombia, 2015. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

Posteriormente, mediante la Resolución 3 de 2017, ese organismo señaló que la ubicación de la población Wayúu, en un territorio compuesto por 15.300 kilómetros de desierto, obligaba a las autoridades nacionales y departamentales para que, en alianza con el sector privado, enfocaran sus esfuerzos en suministrar de forma urgente cantidades del líquido vital para que las personas pudieran satisfacer sus necesidades básicas, por lo que resulta imprescindible la construcción de acueductos, antecedidos de la consulta previa con las comunidades, con el fin de mantener una vía de abastecimiento permanente que le permitiera a los pobladores desarrollar sus actividades cotidianas⁵³.

Después, en la Resolución 51 de 2017 se indicó que el acceso al derecho al agua potable para la población suponía que el Estado asegurara la salubridad y la sostenibilidad ambiental en la provisión del líquido⁵⁴.

Desde esa perspectiva, para la jurisprudencia interamericana es posible responsabilizar al Estado por la no prestación del agua potable a comunidades indígenas, en este caso la comunidad Wayúu, cuando su privación supone la negación de derechos como la vida en condiciones dignas, la integridad personal, la salud y la alimentación, para lo cual el Estado debe garantizar cantidades mínimas del líquido vital a las poblaciones y además evitar que terceros afecten los sistemas consuetudinarios de provisión de agua con los cuales se abastecen.

2.1.2 Contenido básico del derecho conforme a los instrumentos internacionales

El derecho al agua potable en los instrumentos internacionales tiene un contenido básico que constituye el núcleo irreductible que no puede ser desconocido por el Estado, so pena de ser responsabilizado por violar estos criterios normativos. Según la Observación Número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, el derecho al agua potable consiste en «la posibilidad de los seres humanos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico»⁵⁵. Para McGraw, este núcleo esencial del derecho se encuentra ligado a la subsistencia misma de la persona y a la posibilidad que ejerza otros derechos básicos garantizados por la Constitución Política o los tratados internacionales. Se trata de un espacio inviolable del derecho que, si bien no puede ser objeto de limitaciones o restricciones por parte de terceros, si puede ser interferido positivamente por el Estado o los particulares para garantizar o proveer las condiciones necesarias para su goce efectivo⁵⁶.

⁵³ CIDH. Resolución 3 del 26 de enero. Ampliación de beneficiarios de medida cautelar N°51/15 a favor de las mujeres gestantes y lactantes de la Comunidad Indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribí respecto de Colombia, 2017. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/3-17MC51-15-CO.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁵⁴ CIDH. Resolución 51 de 2017. Personas mayores pertenecientes a la Asociación Shipia Wayúu de la Comunidad indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribí respecto de Colombia, 2017. Disponible en https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:o1a_7_fmPcQJ:https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/51-17MC51-15-CO.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁵⁵ Naciones Unidas. El derecho al agua a nivel universal. Ibid.

⁵⁶ George MCGRAW. Ibid. p.158.

Según la Observación Número 15 de Naciones Unidas, el derecho debe prestarse bajo unas condiciones básicas, pues si estos parámetros mínimos no son satisfechos, se puede configurar virtualmente responsabilidad del Estado. Estas pautas se enuncian a continuación⁵⁷:

Disponibilidad: significa que su provisión debe ser suficiente como para garantizar la vida humana en condiciones de dignidad. El abastecimiento debe suplir las necesidades básicas de sus destinatarios. Ello implica el cumplimiento de tres dimensiones, tales como (i) cantidad; (ii) continuidad del servicio; y (iii) sostenibilidad del recurso hídrico. La cantidad hace alusión a que se debe suministrar por lo menos 50 litros de agua por persona al día, de manera que pueda suplir sus necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, limpieza y saneamiento. La continuidad atañe a que el servicio de agua se preste de forma permanente, sin interrupciones o desconexiones de manera arbitraria o injustificada que paralicen o restrinjan su suministro. La sostenibilidad implica que la provisión del recurso hídrico debe alcanzar para satisfacer no solo las necesidades a las generaciones presentes sino de las futuras y que su prestación debe ser racional y moderada para que sea amigable con el medio ambiente. Según McGraw este elemento hace alusión al aseguramiento de cantidades suficientes y regulares para las personas, siempre y cuando esa provisión, no ponga en riesgo la cobertura universal del agua potable a la sociedad. Esta apreciación tiene como fundamento el carácter finito y escaso del agua potable, para evitar su despilfarro o su cobertura desproporcionada o desmedida⁵⁸.

Accesibilidad: hace alusión a que el disfrute del líquido vital debe estar al alcance físico de todos los sectores de la población, también a que su costo sea consecuente con la capacidad adquisitiva de sus beneficiarios y a que su prestación sea garantizada en condiciones de igualdad, sin discriminaciones por razones de género, sexo, religión, nacionalidad o clase social. La accesibilidad tiene dos dimensiones: i) accesibilidad física y ii) accesibilidad económica. La accesibilidad física hace referencia a que la población pueda acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. La accesibilidad económica implica que el servicio de agua sea asequible conforme con los ingresos y la capacidad real de pago de las personas, que, además, admite el otorgamiento de subsidios que financien la provisión del recurso hídrico para las personas de menores ingresos. Asimismo, la accesibilidad económica le impone al Estado el deber de abstenerse de efectuar aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua e impone la obligación de garantizar que por su suministro se cobre una tarifa razonable a la población para que el recurso pueda llegar a todo tipo de clases sociales. Para McGraw, la accesibilidad económica no implica suministrar el líquido vital de forma gratuita a toda la población, sino proveerla conforme a las capacidades de las personas, de forma que aquellos que tienen mayores recursos económicos sufraguen un valor superlativo por el suministro, mientras quienes carecen del capital o tienen poco volumen de recursos se les garantice la provisión del líquido vital a un precio menor o se les subsidie el valor del servicio⁵⁹.

El requisito básico de accesibilidad, sin embargo, puede requerir el suministro gratuito del agua necesaria para mantener la vida, si pagar por el agua afectaría en absoluto la capacidad de un individuo para su subsistencia.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ George MCGRAW. Ibid. p.150.

⁵⁹ Ibíd. p.160.

Calidad: hace referencia a que el recurso hídrico debe ser suministrado sin agentes patógenos o sustancias contaminantes, en instalaciones con óptimas condiciones de higiene y por personal capacitado que garanticen su pureza y limpieza. Bajo esta perspectiva, al Estado le surgen varios deberes tendientes a garantizar la salubridad del agua como: abstenerse de reducir o contaminar ilícitamente el agua; promulgar y hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del líquido vital; adoptar medidas para impedir que terceros contaminen o exploten en forma indebida los elementos hídricos; proteger los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción; y adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas a la contaminación acuífera, para asegurar el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados. Bajo la óptica doctrinal, la calidad no solo hace alusión a que el agua sea apta para el consumo o para los usos domésticos, sino que además sus características de color, olor y sabor sean adecuados al sentido del gusto, pues el abastecimiento debe colmar las legítimas expectativas que los individuos se formaron al momento en que adquirieron el servicio hídrico⁶⁰.

En ese sentido, en el marco del contenido básico del derecho a nivel internacional, a los Estados les puede surgir responsabilidad cuando no garantizan que sus ciudadanos puedan disponer de fuentes de agua, accesibles, asequibles y en condiciones de calidad para su uso personal o doméstico⁶¹.

2.2 El derecho humano al agua en Colombia

En la Constitución Política colombiana existen cuatro disposiciones de las cuales se desprende que el derecho al agua tiene rango constitucional, pero no hay un precepto específico destinado a consagrar en forma inequívoca este derecho como un derecho humano. Ciertamente, el artículo 49 consagra la garantía del saneamiento, a su vez, el artículo 79 determina el derecho a gozar de un medio ambiente sano, el artículo 356 establece que los recursos del Sistema General de Participaciones⁶² de los departamentos y municipios deben destinarse a la financiación de los servicios a su cargo, dándole prioridad al servicio público de agua potable, para garantizar la prestación y la cobertura con énfasis en la población de bajos recursos. Por último, el artículo 366 dispone el mejoramiento de las condiciones de vida de la población mediante la solución de las necesidades insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y agua potable. Tales normas no pueden desarrollarse y materializarse sin la presencia del recurso hídrico, pero no definen ni establecen los elementos que deben rodear la aplicación del derecho dentro de la vida nacional.

A nivel legal, el derecho al agua ha sido desarrollado a través de múltiples instrumentos normativos, tales como:

La Ley 142 de 1994, en la que se establecen las condiciones de prestación del servicio, las cláusulas y los términos que deben incluirse dentro de los contratos de provisión de agua entre los usuarios y las empresas prestadoras, así como los órganos de inspección,

⁶⁰ Ibíd. p.153.

⁶¹ Silvia BERTAZZO. “La Tutela del acceso al agua potable en el Derecho Internacional”, *Revista de la Universidad Católica del Norte*, vol.22, n°2, 2015, p.66.

⁶² Se sugiere ver la Nota 22 donde se explica detalladamente el concepto de Sistema General de Participaciones.

control y vigilancia de las mismas. La finalidad de esta normativa es la de garantizar la provisión del líquido vital de manera eficiente y oportuna⁶³.

La Resolución 1096 de 2000 expedida por el Ministerio de Vivienda, que adoptó el Reglamento Técnico para el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS; allí se fijaron condiciones para el desarrollo de proyectos de acueducto o alcantarillado, como la existencia de estudios previos que lo justifiquen, la obtención de licenciamiento ambiental, el conocimiento de los materiales y los equipos que se necesitan para iniciar su construcción y la celebración de un contrato de interventoría que verifique el adecuado y oportuno avance del proyecto⁶⁴.

El Decreto 1575 de 2007, mediante el cual el Ministerio de Salud y Protección Social estableció un sistema para la protección y control de la calidad del agua, que implica monitorear, prevenir y controlar los riesgos para la salud humana causados por el consumo del recurso hídrico. En esta regulación se establecieron responsabilidades para diferentes entidades públicas en la protección de la calidad del agua⁶⁵.

A los Ministerios de Salud y Ambiente se les asignó el deber de diseñar modelos conceptuales, técnicos, operativos y de protocolo para garantizar que el agua sea apta para el consumo humano, al igual que la formulación de programas de reducción de riesgos y planes de contingencia efectivos para mitigar la escasez del recurso hídrico de forma coordinada y articulada con las entidades territoriales.

A los prestadores del servicio se les obligó a realizar el control de las características físicas, químicas y microbiológicas del agua para consumo humano, lavar y desinfectar antes de la puesta en funcionamiento y como mínimo 2 veces al año, los tanques de almacenamiento, drenar las sustancias contaminantes que puedan albergar los acuíferos en su interior. A la Superintendencia de Servicios Públicos se le confirió la competencia para abrir investigaciones administrativas e imponer sanciones en contra de las empresas prestadoras que no cumplan con estos deberes de saneamiento.

En el Decreto 3200 de 2008, expedido por el Ministerio de Ambiente, se establecen los Planes Departamentales de Agua, que buscan impulsar la generación de proyectos integrales de inversión sostenibles que mejoren cobertura, calidad, continuidad, crecimiento y viabilidad empresarial de los servicios de agua potable en los municipios, así como lograr una coordinación interinstitucional efectiva; aprovechar economías de escalas para financiar las obras de acueducto y alcantarillado y un manejo transparente y eficiente de los recursos; y propiciar la entrada y consolidación de operadores especializados que suministren el líquido vital en condiciones de eficiencia⁶⁶.

⁶³ Congreso de la República de Colombia, Diario oficial número 41.433 de 11 de julio de 1994. Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html. [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁶⁴ Ministerio de Desarrollo Económico. Resolución 1096 de 2000. Por la cual se adopta el Reglamento Técnico para el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS. Disponible en <http://www.minvivienda.gov.co/ResolucionesAgua/1096%20-%202000.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁶⁵ Presidencia de la República. Decreto 1575 de 2007. Por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30007> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁶⁶ Ministerio de Ambiente. Decreto 3200 de 2008. Por el cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento y se dictan otras

Estos son los instrumentos legales vinculantes más importantes que han estructurado el derecho al agua potable a nivel nacional; sin embargo, el desarrollo de esta garantía fundamental ha tenido su mayor relevancia y visibilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Las diferentes decisiones que esa alta Corporación ha adoptado frente al contenido básico que debe revestir el derecho al agua, constituyen precedentes judiciales vinculantes para todas las autoridades públicas, de manera que el desconocimiento de sus interpretaciones puede suponer responsabilidad para el Estado. Es por eso que autores como Sutorios y Rodríguez, señalan categóricamente que el instrumento que se ha dedicado a reconocer, proteger y dotar de contenido a la fundamentalidad del derecho al agua ha sido la jurisprudencia constitucional⁶⁷. A continuación se expone como ha sido la evolución y el reconocimiento del derecho y algunas situaciones emblemáticas sobre su protección frente a casos concretos.

2.2.1 Evolución y reconocimiento del derecho en la jurisprudencia

En una primera fase, la Corte Constitucional precisó que el líquido vital al estar ligado intrínsecamente con el derecho a la vida de las personas constituye un estándar esencial para satisfacer las necesidades básicas de las comunidades y por esa razón su supresión o su afectación puede ocasionar perjuicios irreparables a nivel individual y social⁷⁶.

Esta postura es ratificada por la sentencia T-413 de 1995, en la cual se señala la íntima conexidad que se presenta entre el derecho al agua y el derecho a la salud, al punto que reconoce que cualquier uso de los recursos hídricos destinado al consumo humano tiene una protección constitucional reforzada que solo excluye las actividades industriales o agrícolas, que por su carácter eminentemente económico quedan marginadas de la protección del derecho⁷⁷.

En una segunda etapa, se indicó que el Estado debía garantizar un mínimo vital de agua potable a los particulares, especialmente a los sujetos de especial protección constitucional como los menores, las mujeres en estado de embarazo, las personas en condición de discapacidad y los adultos mayores, de forma que los agentes públicos o privados no puedan afectar o paralizar el suministro del recurso hídrico a personas en condición de indefensión o vulnerabilidad, ya que por sus particulares circunstancias, estos individuos requieren de acciones afirmativas por parte de las autoridades para evitar ser discriminados frente al acceso al líquido vital⁷⁸.

Esta posición de la Corte se refuerza en la sentencia T-312 de 2012, al advertir que la cobertura de un nivel básico de agua potable para uso personal y doméstico constituye un derecho autónomo que no puede estar sujeto a barreras presupuestales o macroeconómicas, pues se trata de un derecho que no puede verse interrumpido por los

Disposiciones. Disponible en http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/decretos/2008/dec_3200_2008.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

⁶⁷ Mies SUTORIOS y Sonia RODRÍGUEZ. “La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia”, *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n°35, 2015, p.251.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-578 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-413 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-546 de 2009, M. P. María Victoria Calle.

prestadores, dado que su privación puede suponer la vulneración de la vida digna de los asociados⁷⁹. Esta providencia es de alta importancia porque establece una obligación a cargo de las entidades públicas y privadas para que adopten todas las medidas necesarias, que estén a su alcance para salvaguardar el componente mínimo del derecho al agua, mediante el diseño de políticas públicas y el empleo de todos los recursos posibles para mejorar el servicio de acueducto a las poblaciones del país, hasta el punto en que se logre cumplir de manera eficiente, con un suministro del recurso hídrico suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico de las personas⁸⁰.

Con la sentencia T-028 de 2014 se enfatizó que la provisión de un mínimo vital de agua para los ciudadanos es una responsabilidad de los entes municipales que no puede ser eludida con el argumento de falta de recursos presupuestales o inconvenientes técnicos para garantizar el suministro del servicio, pues al tratarse de un derecho de superior jerarquía dentro del orden constitucional, su prestación debe asegurarse por encima de restricciones o limitaciones financieras, técnicas o logísticas, ya que al Estado le corresponde remover estos obstáculos para asegurar la accesibilidad y disponibilidad del líquido vital a los individuos⁸¹. En ese sentido se indicó que la escasez o la racionalización del agua que afecte el mínimo vital que las personas requieren para satisfacer sus necesidades, demuestra una conducta omisiva de las autoridades en la inspección, vigilancia y control del sector hídrico al no adoptar las medidas necesarias para impedir o eliminar los factores que ocasionan la reducción o desgaste del líquido vital.

En la sentencia T-100 de 2017, la Corte manifestó que las entidades públicas y privadas deben superar los obstáculos técnicos, jurídicos o físicos que impidan extender las redes de acueducto a los núcleos familiares, que aseguren un nivel básico de agua potable para los pobladores y que garanticen que las personas puedan tener acceso a mecanismos provisionales de abastecimiento como carro tanques, pilas de agua o pozos subterráneos temporales que faciliten el acceso al recurso acuífero, mientras se remueven los imprevistos que impiden una adecuada y efectiva cobertura del servicio⁸².

Según el Alto Tribunal los Estados deben garantizar un suministro constante, permanente y confiable del líquido vital bajo varios parámetros:

- ✓ Evitar que la distribución del agua sea intermitente o inestable.
- ✓ Que pueda realizarse su ingesta en condiciones de potabilidad y salubridad.
- ✓ Que pueda obtenerse el recurso hídrico de forma oportuna y efectiva.
- ✓ Que su precio sea conforme con los ingresos de las familias.
- ✓ Que su provisión sea garantizada en igualdad de condiciones para todos los destinatarios.
- ✓ Que se garantice medidas para extender el servicio a los sectores vulnerables de la sociedad.
- ✓ Que se eliminen o mitiguen las barreras físicas, climáticas, logísticas y administrativas para asegurar su circulación⁸³.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-312 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2014, M.P: María Victoria Calle Correa.

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2017, M.P: Alberto Rojas Ríos.

⁸³ *Ibíd.*

La falta de satisfacción de estos deberes puede suponer responsabilidad del Estado, ya que constituyen elementos que se encuentran vinculados al núcleo básico del derecho y no pueden ser desconocidos. La Corte Constitucional ha responsabilizado a entidades estatales por la falta de provisión del agua potable, específicamente por la omisión de gestiones de autoridades locales para proteger el derecho, como pasa a describirse en el siguiente acápite.

2.2.2 Protección del derecho frente a entidades estatales

En primer lugar, se hace referencia a la sentencia T-616 de 2010, donde se procedió a amparar el derecho al agua de varios tutelantes en el municipio de Buenaventura, Valle del Cauca, en la medida que se encontró que la Alcaldía había omitido adoptar las medidas tendientes que permitieran a un grupo de accionantes contar con un suministro mínimo diario del recurso hídrico. En esta providencia se indicó que la autoridad local era responsable de violar el derecho por omisión por dos razones:

- (i) La inexistencia de redes locales de acueducto; y
- (ii) Las deficiencias recurrentes en la prestación del servicio el cual únicamente se prestaba una vez en el día y aun así se continuaba cobrando por su prestación⁸⁴.

Asimismo, se puede hacer alusión a la sentencia T-418 de 2010, que examina un caso en el cual se tutela el derecho al abastecimiento hídrico de varios habitantes del municipio de Arbeláez, Cundinamarca, en la medida que se determinó que la Alcaldía municipal no había garantizado el acceso al agua potable de los pobladores, pues se pudo evidenciar la ausencia de un plan o programa que permitiera asegurar el acceso efectivo al agua potable para las viviendas de los accionantes, pues el acueducto municipal no tenía la cobertura necesaria para suplir el líquido en la zona rural donde se encontraban ubicados⁸⁵.

También puede tomarse en cuenta la sentencia T-312 de 2012, en la cual se tuteló el derecho al agua de varios habitantes del municipio de Tocaima, Cundinamarca, pues se determinó que la Administración Municipal no había adoptado las medidas necesarias para garantizar el suministro mínimo diario de agua potable de estas personas, ya que no empleó todos los recursos posibles para mejorar el servicio de acueducto hasta el punto de asegurar el suministro constante del líquido vital a esa población⁸⁶.

Igualmente se puede referir el caso analizado en la sentencia T-028 de 2014, donde se amparó el derecho al recurso hídrico de una persona y su hijo en el municipio de Maicao, en la medida que se identificó que la Alcaldía municipal no había garantizado las condiciones básicas para su disponibilidad, accesibilidad y calidad por carecer de un plan o un programa debidamente estructurado para asegurar, progresivamente, el goce pleno del derecho, toda vez que el suministro del líquido vital no era constante ni periódico, pues su provisión se prestaba de forma deficiente cada quince días, una vez al mes o hasta cada tres meses. En la decisión se indicó que incluso el empleo de carro tanques no podía ser considerado como un medio para garantizar el derecho al agua, pues no permitía el acceso directo y permanente a fuentes de abastecimiento. Para demostrar la omisión, el Alto Tribunal señaló que *«La Administración de Maicao en ejercicio de sus competencias y deberes constitucionales, legales e incluso contractuales debía adoptar medidas tales*

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-616 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-312 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

como la expedición de decretos distritales [sic], presentación de acuerdos y convenios, planes de contingencia, realización de estudios para diagnosticar la situación del municipio, disposición de recursos (presentes y futuros) para evitar la situación de desabastecimiento colectivo de agua en el municipio»⁸⁷.

Por último, se puede hacer alusión el caso estudiado en la sentencia T-256 de 2015, donde se estableció que la empresa Cerrejón de La Guajira, al realizar sus actividades de extracción y transporte de carbón a cielo abierto, contaminó los afluentes hídricos de unos reasentamientos habitados por población afro descendiente en los corregimientos de Patilla y Chancleta en el municipio de Barrancas, apropiándose además del agua que la comunidad requería para satisfacer sus necesidades vitales⁸⁸.

En esta providencia se tuteló el derecho al agua potable, en la medida que se identificó que las siguientes entidades públicas con su actuar omisivo habían contribuido al desabastecimiento de la población afro:

- El departamento de La Guajira por no haber implementado a través de un plan departamental de agua⁸⁹ proyectos encaminados a la construcción de acueductos o programas de abastecimiento dentro de los corregimientos que padecían el déficit del recurso hídrico.
- El municipio de Barracas por la deficiente prestación del servicio de agua a las comunidades de Patilla y Chancleta en virtud de que la Ley 142 de 1994 obligaba a la entidad territorial a vigilar el suministro del recurso hídrico por parte de la empresa Aguas del Sur de La Guajira S.A, pues la Alcaldía nunca solicitó que estas personas fueran registradas dentro de la cobertura que abastecía a la empresa Cerrejón, a pesar que contaba con los recursos logísticos, técnicos y económicos para incluirlos dentro de su plataforma de servicios.

Conclusiones del capítulo

i) El reconocimiento del derecho humano al agua potable en las normas internacionales de derechos humanos, impone a los Estados el deber de adoptar una política nacional que solucione la ausencia de agua potable a través de medidas legislativas, administrativas o presupuestarias para hacer efectivo el derecho a la población, especialmente para garantizar su uso para el consumo humano. Esta política nacional, conforme a la Observación N° 15 de Naciones Unidas, debe asegurar varias condiciones mínimas: i) la disponibilidad del recurso hídrico, que hace referencia a que se garantice una cantidad continua de 50 litros diarios a cada persona, ii) la accesibilidad, que supone que el agua se encuentre al alcance físico y económico de la población, y iii) la calidad, que implica que el recurso acuífero se encuentre libre de agentes patógenos y sustancias contaminantes.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2015, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

⁸⁹ Los planes departamentales de agua se establecieron mediante el artículo 91 de la Ley 1151 de 2017 para que las entidades territoriales impulsen obras de acueducto y alcantarillado, con los recursos del Sistema General de Participaciones, mediante contrataciones con empresas de servicios públicos de carácter estatal o privado.

ii) Dentro del Sistema Interamericano de DDHH se ha responsabilizado a los Estados por no garantizar el reconocimiento del derecho al agua potable de comunidades indígenas, al considerar que la privación del líquido vital supone la violación de múltiples derechos como la vida digna, la integridad física, la salud y la alimentación de esas poblaciones, protegidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

iii) En Colombia, el reconocimiento del derecho humano al agua potable se ha dado principalmente por vía de la jurisprudencia constitucional. Inicialmente la Corte Constitucional aceptó su carácter fundamental por su estrecha conexidad con el derecho a la vida y luego tuteló un componente mínimo vital del recurso hídrico para las personas en condición de vulnerabilidad como menores de edad, mujeres embarazadas, sujetos en condición de discapacidad y personas de la tercera edad. El Alto Tribunal ha reconocido la posibilidad de que el Estado sea responsabilizado por no garantizar el suministro del líquido vital a la población, si la distribución del agua es intermitente o inestable, si no es posible realizar su ingesta por falta de salubridad, si el precio no es asequible conforme a los ingresos de sus usuarios o cuando no se eliminan o mitigan las barreras físicas, climáticas, logísticas, administrativas para asegurar su circulación.

iv) En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha imputado la vulneración del derecho al agua potable a entidades públicas por no garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad como elementos estructurales del derecho, específicamente cuando los entes estatales no adoptan gestiones como la construcción de acueductos y alcantarillados que permitan suplir la carencia del líquido vital, directamente o a través de operadores especializados, cuando no formulan planes de contingencia frente a la interrupción del suministro o la escasez del recurso hídrico, cuando no toman acciones para que aseguren el suministro de agua a familias en condición de exclusión o vulnerabilidad, y cuando no garantizan que haya igualdad en el abastecimiento y no evitan acciones de las empresas de servicios públicos que impliquen discriminación o exclusión injustificada de la cobertura.

CAPÍTULO 3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: ANÁLISIS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO POR LA OMISIÓN EN LA FORMULACIÓN O IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

En el presente capítulo se pretende identificar el concepto y las características que estructuran las políticas públicas y el daño antijurídico que se produce cuando el Estado omite su formulación o implementación para resolver un problema social, el cual en este caso es falta de acceso al agua potable a la población Wayúu. Asimismo, se busca determinar el juicio de imputación por el cual el Estado podría ser responsabilizado extracontractualmente por la falta de estas políticas y el régimen probatorio que tendrían que asumir las víctimas para que pueda atribuirse el daño a las autoridades públicas.

3.1 Políticas públicas: Manejo internacional y en Colombia

Según André Noel Roth Deubelde, las políticas públicas son un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables para la sociedad, impulsados por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar

el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática⁹⁰.

Para Alejo Vargas, se trata de iniciativas, decisiones y acciones de un régimen político determinado, frente a situaciones socialmente problemáticas, cuyo objetivo, más que enmendar las consecuencias, tiene como fin resolver las causas estructurales que originan la vulneración de derechos⁹¹.

Las características que, por lo regular, deben reunir las políticas públicas son las siguientes⁹²:

- Articulación de actores institucionales para solucionar una problemática social común.
- Coordinación de funciones de diferentes órganos estatales para lograr una acción uniforme y coherente a nivel espacial y temporal.
- Gestiones sincrónicas y armonizadas tendientes a conjurar las causas estructurales que producen la vulneración de derechos fundamentales de un colectivo previamente identificado
- Adopción de medidas de carácter legal, judicial o gubernamental con el fin de dar solución a una situación insatisfactoria

Según Torres Melo y Santander, la estructuración de una política pública requiere de un plan en el cual se postulen las metas y los objetivos que se buscan obtener a corto, mediano y largo plazo. Luego se hace necesario formular un programa en el cual se enuncien las actividades homogéneas y organizadas para alcanzar esos propósitos que se han trazado. Posteriormente, es indispensable plantear los instrumentos económicos, normativos y administrativos que empleará el Estado para inducir a los actores institucionales a adoptar comportamientos que conforme con sus competencias sean compatibles con los propósitos del plan⁹³.

Para Navarro Amaya, han existido varias medidas de política pública que han buscado garantizar el acceso al agua potable a la población colombiana en general⁹⁴. Inicialmente se puede identificar el CONPES 3833 de 2005 donde se establecieron como objetivos: i) el ingreso de operadores especializados, públicos o privados para mejorar la prestación del servicio de agua; ii) la necesidad de regular la tarifa y evitar la constitución de

⁹⁰ André Noel ROTH DEUBELDE. *De Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, 3ed, 2002, p.54.

⁹¹ Alejo VARGAS. *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*. Bogotá: Almudena Editores, 2ed, 2001. p.35.

⁹² Pedro MEDELLÍN TORRES. “La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad”, *Revista la CEPAL*, Serie 93, 2004, p.35.

⁹³ Jaime TORRES MELO y Jairo SANTANDER. *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1ed, 2013, p.35.

⁹⁴ Andrés NAVARRO AMAYA. *Oportunidades sociales para el desarrollo. La política de agua potable en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Bogotá. Tesis para optar al título en Ciencia Política, 2015, p.40.

monopolios y; iii) la priorización de los recursos del Sistema General de Participaciones para asegurar el recurso hídrico a las regiones más excluidas o apartadas del país.

Después se expidió el CONPES 3463 de 2007 donde se incorporaron los Planes Departamentales de Agua tendientes a i) acelerar el proceso de modernización de las empresas prestadoras del servicio de agua en todo el territorio nacional; (ii) aprovechar economías de escala para el suministro del recurso hídrico; iii) mejorar la inspección, control y vigilancia sobre los recursos públicos destinados al agua potable. Más adelante se profirió el CONPES 3810 de 2014, mediante el cual se buscó: i) ampliar la cobertura del líquido vital a las zonas rurales a través de esquemas empresariales o comunitarios; ii) mejorar las inversiones en infraestructuras y equipos para las zonas excluidas; iii) impulsar prácticas efectivas de gestión sanitaria y ambiental

Sin embargo, si se analiza concretamente la adopción de políticas públicas frente al abastecimiento hídrico de la población Wayúu, la Defensoría del Pueblo ha señalado la ausencia de acciones y proyectos efectivos por parte del Estado que permitan dar una solución estructural al tema del agua en La Guajira dirigidas a este colectivo, acrecentado sus necesidades básicas insatisfechas y disminuyendo sus posibilidades de desarrollo dentro del territorio nacional⁹⁶.

Igualmente, la Procuraduría General de la Nación ha manifestado que el Estado no ha adoptado políticas públicas frente a este grupo indígena, pues solo ha implementado medidas asistencialistas e inmediateistas como el envío de carros cisterna o la entrega de tanques provisionales de almacenamiento, sin que se hayan desplegado acciones estructurales que garanticen el acceso al líquido vital de forma continua e ininterrumpida⁹⁷.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha denunciado la inexistencia de una política pública de agua potable hacia la etnia Wayúu, en la medida que los mecanismos que se han aplicado para reducir los efectos de las sequías tienen naturaleza coyuntural, y no permiten garantizar que la población tenga acceso a fuentes de agua sin paralizaciones o racionamientos⁹⁸.

La responsabilidad del Estado por la falta de implementación de políticas públicas no ha estado exenta de discusiones doctrinales, pues hay multiplicidad de visiones sobre la posibilidad de responsabilizar a las autoridades por la ausencia de medidas institucionales para subsanar problemas sociales.

En la doctrina internacional y nacional se ha analizado la posibilidad que, ante la falta de implementación de políticas públicas por parte de las autoridades públicas, se pueda predicar responsabilidad extracontractual del Estado.

A nivel extranjero vale la pena retomar que Naciones Unidas argumenta que los Estados pueden ser responsabilizados, si no *«se comprometen a adoptar las medidas [...]*

⁹⁶ Defensoría del Pueblo. Crisis humanitaria en La Guajira. Ibíd. p.23.

⁹⁷ Procuraduría General de la Nación. *Pueblo Wayúu, con hambre de dignidad, sed de justicia y otras necesidades insatisfechas*. Informe para la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, 2016, p.48.

⁹⁸ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Un debate para no olvidar a La Guajira. Informe del 4 de septiembre de 2014.

*especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos»*¹⁰³.

Igualmente, Roth ha señalado que el Estado puede ser sujeto de responsabilidad, cuando no plantea medidas para evitar o mitigar situaciones de vulneración de derechos humanos, cuando las formula, pero no las implementa, o también cuando no realiza un seguimiento de esas acciones para mostrar su real incidencia y efectividad en las comunidades¹⁰⁴.

Por su parte, en la doctrina nacional, el autor Juan Carlos Henao ha señalado que puede surgir responsabilidad extracontractual contra el Estado, cuando no emplea mecanismos de políticas públicas para garantizar el cumplimiento progresivo del goce efectivo de los derechos humanos establecidos a nivel constitucional y legal, en la medida que los ciudadanos pueden exigir que se haga responsable a las autoridades por no adoptar medidas positivas que tiendan a satisfacer los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico¹⁰⁵.

Asimismo, Nicolás Rodríguez Forero postula que puede predicarse responsabilidad del Estado cuando se presenta una falta de la administración estatal por omisión, retardo, irregularidad, vigilancia, ineficiencia y ausencia de políticas públicas, si ese déficit de acciones se traduce en un rompimiento de las cargas públicas que los asociados no se encuentran en la capacidad de soportar y si adicionalmente hay una relación de causalidad entre la falta de medidas de la administración estatal y el daño a las personas¹⁰⁶.

Si se analiza el tema concreto de la responsabilidad estatal por la falta de ejecución de una política pública de agua, es importante advertir que hay posiciones antagónicas sobre si es factible o no hacer responsable al Estado por estas omisiones.

Según Sutorios y Rodríguez, a los Estados se les puede eventualmente imputar responsabilidad por la omisión de políticas públicas en el acceso al agua potable cuando no aseguran una provisión que supla las necesidades básicas de los destinatarios, si su suministro no se encuentra al alcance físico de todos los sectores de la población, cuando su tarifa no es consecuente con la capacidad adquisitiva de sus beneficiarios y si contiene agentes patógenos o sustancias contaminantes que pueden afectar el derecho a la salud o la vida¹⁰⁷.

Asimismo, Elizabeth Salmón, ha señalado que es posible predicar responsabilidad estatal por fallas o deficiencias en las políticas de abastecimiento hídrico, cuando las autoridades públicas no detienen o suspenden, de ser necesario, las actividades económicas que contaminen las fuentes fluviales, si no se imponen las sanciones correspondientes por la

¹⁰³ Naciones Unidas. El derecho al agua a nivel universal. Observación N°15 del Comité de Derechos Económicos y Sociales, 2002.

¹⁰⁴ André Noel ROTH DEUBELDE. *Ibíd.* p.51

¹⁰⁵ Juan Carlos HENAO PÉREZ. “El juez constitucional. Un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, vol.15, n°29, 2013, p.80.

¹⁰⁶ Nicolás David RODRÍGUEZ FORERO. “Responsabilidad del Estado por omisión de políticas públicas ambientales en el caso colombiano e internacional”, *Revista Iter Ad Veritatem*, Universidad Santo Tomás, n°11, 2015, p.162.

¹⁰⁷ Mies SUTORIOS y Sonia RODRÍGUEZ. *Ibíd.* p.255.

contaminación o apropiación ilícita de los recursos hídricos y si no se garantizan canales o vías de acueducto que permitan mitigar la sequía o la escasez del recurso acuífero¹⁰⁸.

Por otra parte, hay quienes argumentan, como Contreras y González, que el Estado debido a sus limitaciones presupuestales, fiscales y administrativas, no puede ejecutar una política de agua potable, porque de alguna manera ello supondría crear un asistencialismo a favor de los destinatarios de los recursos hídricos, desequilibrando las finanzas públicas¹⁰⁹.

Igualmente, Sampedro Torres argumenta que las políticas públicas del Estado en materia de agua potable crean una dependencia de los individuos hacia esos beneficios, lo que implica que una vez desaparezca la ayuda estatal, los problemas que causaron las vulneraciones de los derechos a las comunidades volverán a aparecer, sin que se solucionen de forma estructural los inconvenientes de abastecimiento¹¹⁰.

Por su parte Quinche Ramírez y Rivera Rúgeles postulan que no es posible responsabilizar al Estado por falta de políticas públicas en materia de agua potable, en la medida que la formulación e implementación de estas políticas le corresponden de forma privativa al Legislativo y Ejecutivo, quienes son los únicos autorizados para disponer de fondos estatales, ordenar acciones de infraestructura y logísticas para garantizar el abastecimiento y remitir el personal necesario para llevar a cabo acciones de provisión del recurso hídrico en los territorios, conforme a estándares presupuestales y reglamentarios que escapen a la órbita funcional del aparato judicial¹¹¹.

Esta posición toma como base que los jueces administrativos no pueden pronunciarse sobre la implementación o no de políticas públicas en materia de agua potable, en la medida en que ello constituye una violación al principio de separación de las ramas del poder público, pues solo el órgano ejecutivo es el único autorizado para decidir cómo se distribuyen los recursos del Estado y emplear los mecanismos logísticos y administrativos que considere convenientes para que estos recursos satisfagan las necesidades de la población.

Según Juan Carlos Henao, esta crítica se sustenta en que las autoridades judiciales no pueden suplantar el rol de los demás poderes públicos, pues no tienen el conocimiento técnico ni la experticia necesaria para evaluar la eficacia de las acciones adoptadas por las autoridades administrativas, no puede ordenar gastos con cargo al presupuesto nacional y además no se encuentran legitimados democráticamente para examinar las decisiones adoptadas por los órganos estatales, ya que la evaluación de estas determinaciones le corresponde a los electores quienes pueden realizar veeduría sobre la ejecución de los planes de gobierno y no a los operadores de justicia¹¹².

¹⁰⁸ Elizabeth SALMÓN. “El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Universitas de Filosofía, Derecho y Política*, Universidad Carlos III de Madrid, vol.16, 2012, p.252.

¹⁰⁹ Martha CONTRERAS y Karina GONZÁLEZ. “El acceso al agua para consumo humano”, *Revista de Economía institucional*, Universidad Externado de Colombia, vol.15, n°39, 2013, p.125.

¹¹⁰ Claudia SAMPEDRO TORRES. “Factores normativos del acceso al agua potable: contenido real de un derecho”. *Revista Oasis*, Universidad Externado de Colombia, n°15, 2010, p.260.

¹¹¹ Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ y Juan Camilo RIVERA RÚGELES. “El control judicial de las políticas públicas como instrumentos de inclusión de los derechos humanos”. *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, n°21, 2010, p.117.

¹¹² Juan Carlos HENAO. *Ibíd.* p.80.

El autor López Sterup señala que a los jueces les está vedado juzgar la ejecución o no de políticas públicas, en la medida que los órganos judiciales no pueden suplantar la competencia de los ministerios¹¹³ y las entidades territoriales¹¹⁴ para determinar la forma como van a distribuir su presupuesto, las acciones colectivas que van adoptar para hacer llegar los recursos humanos y económicos a las poblaciones y la articulación de todos los órganos necesarios para que las gestiones de la Administración sean efectivas. En opinión de este doctrinante, los jueces carecen de la capacidad institucional para sincronizar la acción de los poderes públicos y por eso no pueden juzgar la adopción o no de políticas públicas para contrarrestar un problema social, que en este caso es la falta de acceso al agua potable que padecen los Wayúu¹¹⁵.

Las posturas precedentes demuestran que no hay un criterio unificado sobre la posibilidad de responsabilizar al Estado por la falta de ejecución de una política de agua potable, sin embargo, bajo la perspectiva de esta disertación podría analizarse una hipótesis de responsabilidad, si se llega a demostrar que el daño es consecuencia de la prolongada ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales para garantizar el acceso al recurso hídrico. Esta postura se sustenta en autores como Richard Ramírez que señala que el Estado puede ser responsabilizado virtualmente por no ejecutar una política de acceso de agua potable o hacerlo de forma indebida si se reúnen los siguientes presupuestos:

- Que exista una vulneración masiva y generalizada de múltiples derechos fundamentales por la falta del suministro del líquido vital a un número significativo de personas.
- Que se acredite una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar el recurso hídrico a ese conjunto poblacional.
- Que no se expidan medidas legislativas, administrativas o presupuestales eficaces para evitar la escasez del agua potable.
- Que la escasez del recurso hídrico represente un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades que deben desarrollar un conjunto complejo y coordinado de acciones a partir de un esfuerzo presupuestal importante¹¹⁶.

Igualmente, Reyes Valvuela argumenta que el paso de extensos períodos sin garantizar la tutela del derecho al agua potable para la población (en este caso el colectivo Wayúu) puede suponer un daño antijurídico que derive en responsabilidad del Estado, pues la falta de acciones positivas para suministrar el líquido vital equivale a negar el derecho de forma directa a quienes lo necesitan¹¹⁷.

3.2 Prolongada ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales sobre un problema social como hecho configurativo del daño

¹¹³ En este caso los ministerios de Salud y Medio Ambiente son los encargados de formular las políticas en materia de provisión de agua potable.

¹¹⁴ Sobre las entidades territoriales que deben garantizar la ejecución de políticas de agua potable se recomienda ver el apartado 1.2 del presente texto.

¹¹⁵ Henrik LÓPEZ STERUP. “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública”, *Revista DOXA*, Universidad de Alicante, n°41, 2018, p.173.

¹¹⁶ Richard RAMÍREZ. *Ibid.* p.170.

¹¹⁷ Martha REYES VALVUELA. *Ibid.* p.20.

La fórmula del Estado social de derecho comporta el deber de adoptar medidas articuladas por parte del ejecutivo y el legislativo, encaminadas a promover condiciones de vida dignas para todos, en especial para aquellos sectores vulnerables (comunidades indígenas, afro descendientes, discapacitados, personas de la tercera edad y menores) los cuales requieren de acciones afirmativas para incorporarse al desarrollo de la sociedad, solventando de esta manera la marginalidad y la desigualdad a la que tradicionalmente se encuentran expuestos, pues de lo contrario se les puede generar un daño al mantener las situaciones de exclusión que les impiden acceder y ejercer sus derechos fundamentales¹¹⁹.

Se trata de colectivos que, por sus circunstancias particulares de vulnerabilidad, exigen que el Estado adopte medidas legales y administrativas positivas para que puedan alcanzar el acceso a un bien social, en igualdad de condiciones que los demás, pues mantener su condición de marginalidad, significa perpetrar las prácticas de segregación que les impide alcanzar el servicio público que necesitan para tener una congrua subsistencia¹²⁰.

Es importante precisar que, en materia contenciosa administrativa, el daño es toda afrenta a los intereses lícitos de las personas, trátese de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, atribuible a la acción u omisión del Estado que le impone una carga pública a uno o varios individuos, que no se encuentran en la obligación de soportar o sobrellevar en condiciones usuales¹²¹.

Este daño tiene como características que es cierto, porque se refiere a un hecho verídico, que puede comprobarse mediante los elementos probatorios ordinarios. Determinado, porque hace alusión a un hecho concreto, respecto de unas personas y una situación que les acaece, y anormal, porque supera los riesgos normales inherentes a la función pública o administrativa¹²².

El Consejo de Estado, a partir de múltiples decisiones ha analizado que es posible imputar un daño antijurídico al Estado, frente a una situación de exclusión de derechos como la falta de acceso al agua, si no adopta medidas de políticas públicas, legislativas o administrativas, que permitan corregir ese déficit del recurso hídrico necesario para la vida en comunidad¹²³.

La primera decisión de esa índole fue expedida el 28 de marzo de 2014, dentro de la acción popular con radicado AP-25000-23-27-000-2001-90479-01 en la que se analizó la contaminación de la cuenca hidrográfica del Río Bogotá, causada por los vertimientos de aguas residuales domésticas e industriales, malas prácticas agropecuarias e inadecuado

¹¹⁹ Luis Fernanda CANO BLANDÓN. “La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Papel Político*, Universidad Javeriana, vol.19, n°2, 2014, p.442.

¹²⁰ Víctor ABRAMOVICH. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la Cepal*, n°88, 2006, p.44.

¹²¹ Juan Carlos HENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ed, 2016, p. 24.

¹²² Catalina IRISARRI BOADA. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano*. Bogotá: Universidad Javeriana, Tesis de grado para optar al título de abogada, 2000, p.77.

¹²³ Sentencias del 28 de marzo de 2014 y del 10 de diciembre de 2014.

manejo de basuras, así como por la prolongada omisión de algunos ministerios¹²⁴ y autoridades departamentales¹²⁵ y distritales¹²⁶, que no cumplieron sus funciones de garantizar que los cuerpos acuíferos estuviesen libres de prácticas contaminantes contra el medio ambiente, de manera que pudieran ser utilizados por los habitantes para su consumo¹²⁷.

La sentencia se ocupa de establecer una real política de descontaminación y saneamiento básico, así como la creación un marco institucional, destinación de recursos y una serie de acciones tendientes a lograr la recuperación de esta fuente hídrica para la región y el país¹²⁸. Las medidas que el Consejo de Estado ordenó, frente a la falta de actuación de las autoridades para proteger este caudal hídrico, se direccionaron a mejorar los índices de calidad del agua, conservar los ecosistemas y la biodiversidad, coordinar esfuerzos institucionales para lograr una solución sostenible que permita descontaminar el afluente y promover procesos de aprendizaje de las comunidades que contribuyan a mejorar sus prácticas ambientales¹²⁹.

Igualmente se puede hacer alusión a la decisión del 10 de diciembre de 2014 con radicado 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), en la cual se examinó una acción de reparación directa por la contaminación causada por la construcción de unas obras públicas sobre los recursos hídricos de varios habitantes del municipio de Sahagún, generando múltiples enfermedades y problemas de salud. En la providencia se indicó que la Alcaldía de Sahagún podía se responsabilizada por no adoptar medidas de salubridad pública y protección ambiental para evitar o mitigar la contaminación causada por las obras públicas contra los cuerpos de agua, generando un daño antijurídico a la vida y a la integridad de los habitantes de esa población¹³⁰.

Frente a la situación del pueblo Wayúu, la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo, en sede de tutela, ha señalado que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias que estén a su alcance para garantizar el acceso al agua potable de este colectivo, mediante el diseño de políticas públicas en la materia, usando todos los recursos posibles para mejorar el servicio de acueducto hasta que se logre cubrir de manera eficiente la demanda del recurso hídrico o de lo contrario

¹²⁴ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

¹²⁵ Gobernación de Cundinamarca, Secretaría de Ambiente Departamental, Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR)

¹²⁶ Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Hacienda Distrital, Secretaría Distrital de Ambiente (SDA) Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB)

¹²⁷ Consejo de Estado, sección primera, sentencia del 28 de marzo de 2014, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado: AP-25000-23-27-000-2001-90479-01. Aunque en esta sentencia no se estableció propiamente la responsabilidad del Estado por la falta de implementación de una política pública de agua potable, si se demostró la existencia de daños contra la comunidad aledaña al Río de Bogotá, por la falta de actuación de las autoridades distritales y nacionales para evitar su contaminación.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ Luis Fernando MACÍAS GÓMEZ. “Fallo sobre el río Bogotá. Una nueva perspectiva jurisprudencial”. *Revista Ámbito Jurídico*. Sección Análisis Jurisprudencial. Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/fallo-sobre-el-rio-bogota-una-nueva> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

¹³⁰ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107).

puede ser responsabilizado por su omisión para garantizar la tutela efectiva de sus derechos¹³¹.

Este razonamiento jurisprudencial, ha sido respaldado por la Observación Número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, donde se señala que el Estado debe adoptar medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar el acceso al agua potable e impedir que terceros denieguen la cobertura del recurso acuífero en condiciones de igualdad.

Un elemento fundamental que debe tenerse en cuenta es que la ausencia del recurso acuífero configura un daño antijurídico que produce efectos importantes sobre la población Wayúu, especialmente sobre sus derechos fundamentales, que resultan constantemente afectados por no contar con un abastecimiento continuo, cualitativo, accesible y aceptable que les permitan suplir sus necesidades cotidianas. Estos efectos se describen con más detalle en el próximo apartado.

3.3 Efectos de la escasez del recurso hídrico sobre la población: existencia del daño antijurídico

Según Bonett Morón y Wilfried, el hecho que los miembros de la etnia Wayúu, durante largos períodos, hayan carecido de los recursos hídricos indispensables para satisfacer sus necesidades básicas, constituye una vulneración masiva de sus derechos fundamentales, pues esta situación apareja consecuencias negativas que afectan las fuentes para el sustento laboral, impide que puedan acceder a alimentos en condiciones óptimas e incide en sus circunstancias de salud en la medida en que no cuentan con el agua suficiente para realizar sus actividades de aseo y cuidado personal¹³³.

Si se analiza en detalle, las dificultades para acceder al agua potable en contra del pueblo Wayuú, pueden conducir a la transgresión de otros derechos como la vida (porque se impide el suministro de las cantidades de recurso hídrico que requiere el ser humano para subsistir), la salud (porque los pobladores acuden a fuentes contaminadas para abastecerse, contrayendo enfermedades infecciosas), la seguridad alimentaria (porque se imposibilita o se limita la preparación y la conservación de los alimentos que requiere la comunidad), y el derecho al trabajo (porque se obstaculiza el desarrollo de las labores de riego y de agricultura que sostienen la economía comunitaria).

Según Cano Andrade, el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado no solo a los individuos sino a las comunidades, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia de cualquier sociedad. De ello se deriva que la privación del recurso hídrico tiene el potencial de afectar vidas de forma masiva e indiscriminada, por lo que se debe evitar exponer a las poblaciones a ciclos continuos de carencia del líquido vital¹³⁴.

¹³¹ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia del 19 de diciembre de 2017, M. P. César Palomino Cortés, Radicación: 44001-23-40-000-2017-00122-01(AC).

¹³³ Jaime BONETT MORÓN y Lucas WILFRIED. “La mortalidad y desnutrición infantil en La Guajira” *Serie Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional*, vol. 1, n° 255, 2017, p.18.

¹³⁴ Ricardo Andrés CANO ANDRADE. “El derecho al agua en el derecho internacional obligaciones internacionales que emanan del concepto de agua como derecho”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 10, No. 19, 2018, p.113.

La Corte Constitucional ha argumentado que la falta de acceso al agua potable es particularmente grave, ya que su privación impide que las personas puedan mantener niveles de bienestar mínimos que les permitan una existencia digna. Según el alto Tribunal, la falta de una cantidad mínima de agua potable es una carga intolerable e inadmisibles en un Estado progresista y democrático, especialmente porque se trata de un derecho en el que se evidencia de forma diáfana la indivisibilidad y la interdependencia que existe entre su necesaria protección y la efectiva tutela de otras prerrogativas esenciales¹³⁵.

No existe duda que sin el acceso al agua las poblaciones caen en ciclos de morbilidad y mortalidad más frecuentemente, pues sus integrantes especialmente las personas más vulnerables como niños, mujeres y ancianos comienzan a ser víctimas de graves patologías y situaciones de baja alimentación o desnutrición masiva¹³⁶.

Según Dejusticia, uno de los principales efectos del desabastecimiento hídrico deriva en la causación de enfermedades gastrointestinales, parásitos y diarrea, lo cual aumenta el riesgo de los niños, niñas, madres gestantes y ancianos de sufrir desnutrición y con ello una muerte repentina por inanición¹³⁷. La falta de acceso a una fuente hídrica continua y accesible, ha sido un factor determinante en la desnutrición crónica que padece la población Wayúu, causando la muerte de 4770 niños desde el 2008 hasta el 2016, lo que ha generado que el departamento de La Guajira ocupe el primer lugar en todo el país¹³⁸.

La autora Reyes Valvuela ha argumentado que la falta de agua potable para la etnia Wayúu está ocasionando un incremento de enfermedades y vectores perjudiciales para la salud de los pobladores, la agravación de las necesidades básicas insatisfechas y el desplazamiento de miles de personas que abandonan sus propiedades rurales para evitar ser afectados por la escasez del recurso hídrico¹³⁹.

La Corte Constitucional en sentencia T-216 de 2019 manifestó que la crisis de agua potable en La Guajira es un problema multidimensional que impide que los pobladores Wayúu puedan tener acceso a las oportunidades mínimas de desarrollo que brinda el Estado social de derecho y que esta afectación tiene impactos masivos y generalizados en todo el grupo étnico al que se le están limitando sus condiciones básicas de supervivencia¹⁴⁰.

Es importante señalar que, a nuestro juicio, existe un daño cierto, personal, evaluable económica y jurídicamente tutelado por el ordenamiento colombiano contra la población Wayúu por la falta de acceso al agua potable¹⁴¹.

¹³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹³⁶ Judith ECHEVERRÍA MOLINA y Shirley ANAYA MORALES. “El derecho humano al agua potable en Colombia: Decisiones del Estado y de los particulares”. *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, vol.67, n° 136, 2018, p.7

¹³⁷ Dejusticia. Informe de acompañamiento del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad a la inspección realizada por la Corte Constitucional a La Guajira en el marco del proceso T-5.697.370, 2017. p.11.

¹³⁸ UNICEF Comunidades Indígenas Tejedoras de Vida. *El cuidado integral intercultural de la infancia wayuu*. Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 1ed, 2016, p.5

¹³⁹ Martha REYES VALVUELA. *Ibíd.* p.38.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁴¹ Carlos Iván MOLINA BULLA. “Comunidad Wayuu y salud nutricional: Dificultades en la construcción de una Política pública intercultural en Colombia”. *GIGAPP Estudios Working Paper*, vol 6, n° 127, 2019, p.315.

El daño cierto hace relación a un hecho real y verídico que puede corroborarse de manera fáctica. Se estima que se tienen comprobados 17.000 casos de niños Wayúu desnutridos en el municipio de Uribia, por falta de acceso al agua potable, pues en esa zona de los 350 reservorios de agua que existen, solo uno funciona en condiciones idóneas. A esa estadística se suman otros 18.000 niños desnutridos en Manaure como consecuencia del desabastecimiento, mientras que en la capital, Riohacha, más de 2.000 menores de 5 años tienen insatisfechas sus necesidades nutricionales básicas a causa de la ausencia del líquido vital¹⁴².

Igualmente hay evidencia que los pobladores Wayúu han sido víctimas de múltiples patologías por la ingestión de aguas contaminadas de los jagüeyes o pozos antisépticos, como la hepatitis A, el cólera, la fiebre tifoidea, paratifoidea, y otras enfermedades diarreicas agudas, todas consideradas de interés en salud pública¹⁴³.

Según la Defensoría del Pueblo ningún municipio de La Guajira en los que reside la población Wayúu, cumple con los parámetros de calidad de agua segura, pues todo el territorio del departamento incumple con las condiciones mínimas de calidad de agua para consumo¹⁴⁴.

Por otro lado, se puede evidenciar un daño personal, que hace alusión a un hecho concreto, respecto de diferentes personas de la etnia Wayúu, originados por la falta de agua potable.

Según cálculos técnicos ha habido un aumento de la mortalidad materna (principalmente madres cabeza de familia) en la población Wayúu asociada a la falta de agua potable, lo que ha generado que al año 2019 aproximadamente 180 madres hayan fallecido como consecuencia del deficiente abastecimiento hídrico¹⁴⁵.

En la siguiente tabla se muestra el número madres de la población Wayúu que han fallecido por la falta o el suministro deficiente de agua potable desde el 2017 al 2019 en La Guajira, con cifras que están 3,5 veces por encima del promedio nacional.

Tabla 1. Mortalidad Materna de la etnia Wayúu por falta de agua potable desde el 2017 al 2019:

Año	Promedio país	Departamento de La Guajira
2017	53,65 madres	170, 21 madres

¹⁴² Defensoría del Pueblo. Alarma: en La Guajira hay 37.000 niños desnutridos. Disponible en <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/2118/Alarma-en-La-Guajira-hay-37000-ni%C3%B1os-desnutridos-Semana.htm>

¹⁴³ Dejusticia. Informe de veeduría a las órdenes fijadas por la Corte Constitucional en el marco de la Sentencia T-302 de 2017, 2018, p.6

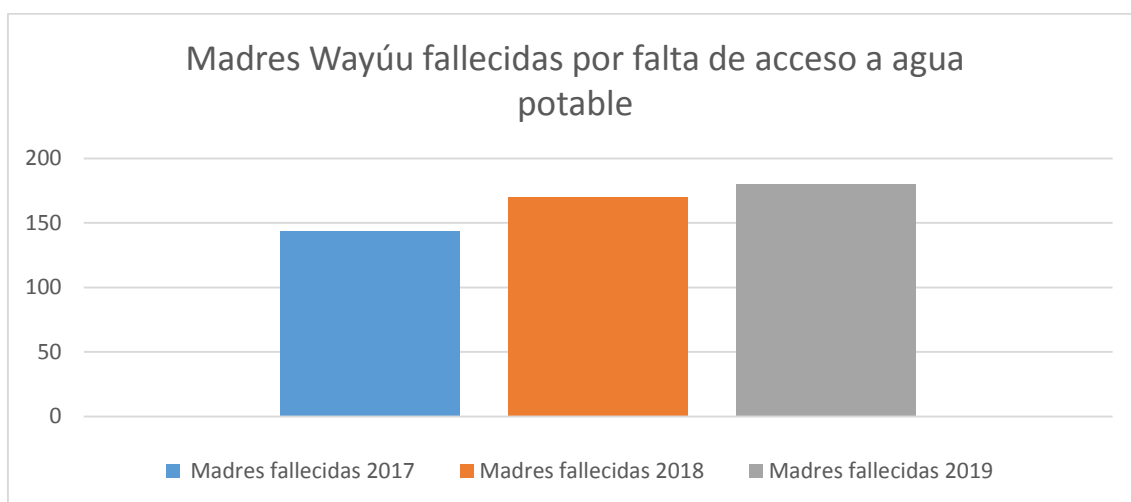
¹⁴⁴ Defensoría del Pueblo. Diagnóstico sobre calidad de agua para consumo humano. Informe Defensorial, 2019, p.132.

¹⁴⁵ Contraloría General de la República. La Guajira: Recuento de la situación en salud. Boletín Macro Sectorial, 2019.

2018	53,72 madres	144,12 madres
2019	51,27 madres	180,90 madres

Contraloría General de la República (2019)

Gráfico 1. Mortalidad materna de la etnia Wayúu por falta de agua potable desde el 2017 hasta el 2019



Contraloría General de la República (2019)

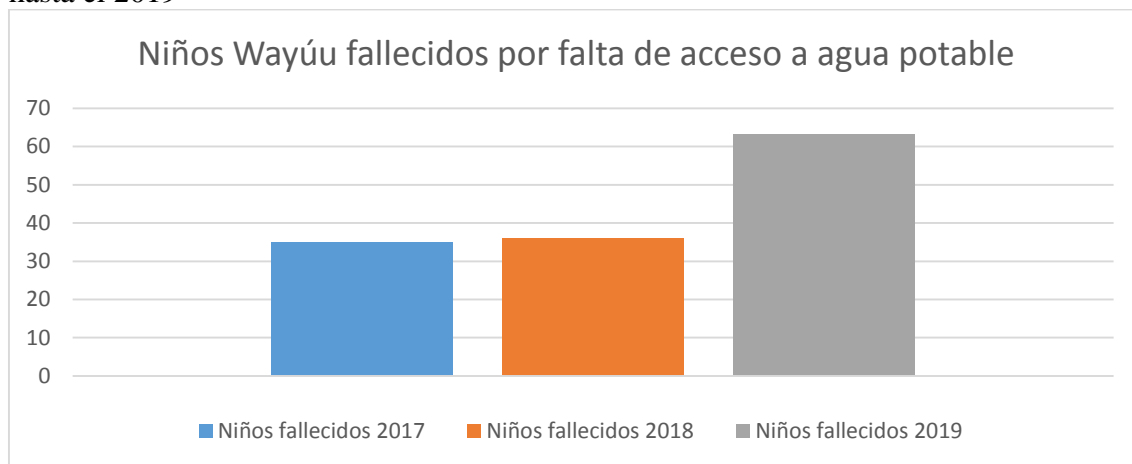
Por otra parte, también hay evidencias de niños Wayúu que han fallecido producto de la ingesta de agua contaminada o por la falta del líquido vital en La Guajira, hasta el punto de que en 2019 han muerto 63,24 menores de edad de esa etnia por la ausencia del recurso hídrico. En esta Tabla se muestra el número de niños Wayúu que han fallecido desde el año 2017 hasta el 2019 por el suministro deficiente o la falta de acceso al agua en La Guajira, presentando cifras que son hasta 8 veces superiores al promedio nacional.

Tabla 2. Mortalidad niños de la etnia Wayúu por falta de agua potable desde el 2017 hasta el 2019:

Año	Promedio país	Departamento de La Guajira
2017	6,82 niños	35,91 niños
2018	6,83 niños	36,87 niños
2019	8,24 niños	63,24 niños

Contraloría General de la República (2019)

Gráfico 2. Mortalidad de niños de la etnia Wayúu por falta de agua potable desde el 2017 hasta el 2019



Contraloría General de la República (2019)

El daño a la población Wayúu originado por la falta de acceso de agua potable puede ser valorado pecuniariamente por el juez contencioso administrativo, teniendo como eje central que deben tasarse económicamente dos tipos de daños¹⁴⁶:

- Daños materiales: en este componente se incluye el lucro cesante y el daño emergente que deben ser corroborados mediante dictamen pericial. El daño emergente comprendería el perjuicio efectivo y concreto sufrido en el patrimonio del poblador Wayúu afectado por la escasez del recurso hídrico, incluyendo gastos médicos y hospitalarios. Si la víctima falleció producto del desabastecimiento, se agregan los gastos funerarios que se abonan a su familia. El lucro cesante incluye la ganancia que la persona dejó de obtener por la ausencia o el suministro deficiente del recurso hídrico, es decir, los ingresos laborales o vitales que se dejaron de percibir por el desabastecimiento y si la víctima fallece por el déficit del recurso hídrico se debe valorar los ingresos que la persona pudo producir conforme con su edad y sus capacidades.
- Daños inmateriales: en este rubro se incluye el daño a la salud, que se relaciona con la afectación a la integridad psicofísica de la persona causado por el déficit del recurso hídrico, cuya liquidación es de 10 a 100 SMLV, que en casos de extrema gravedad puede ascender a los 400 SMLV. Y el daño moral que hace alusión a la aflicción o congoja subjetiva causada por la falta de acceso al líquido vital que debe valorarse por el juez conforme a la libre convicción y la sana crítica.

Igualmente, se presentaría otra índole de daño inmaterial, concretamente el menoscabo a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados¹⁴⁷, pues, se reitera, el

¹⁴⁶ Luis Fernando TERNERA BARRIOS. “Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”. *Revista Opinión Jurídica*, vol. 7, n°13, 2018, p.104.

¹⁴⁷ Jaime Orlando. SANTOFIMIO GAMBOA. “El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

derecho de los pobladores Wayúu al suministro de agua potable se encuentra jurídicamente reconociendo, entre otros, por los siguientes instrumentos de derechos humanos:

La Resolución 64/292, del 28 de julio de 2010 de las Naciones Unidas, en la que se reconoce explícitamente «que el derecho al agua potable es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos».

La Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), en la que se señala que el acceso al agua es un derecho humano que se encuadra claramente en las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado y los Estados pueden ser responsabilizados por su falta de suministro

El artículo 356 de la Constitución Política, que establece que los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico deben ser garantizados por el Estado, mediante la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

Después de haber descrito el daño antijurídico que supone la falta de acceso del recurso hídrico en la población Wayúu, es importante abordar la manera como eventualmente se le puede imputar a las autoridades públicas y bajo qué título se podría virtualmente responsabilizar a los entes estatales involucrados.

Para que pueda imputarse el daño al Estado por la ausencia de políticas públicas, es necesario que se pueda formular un juicio de imputación contra la entidad u órgano público, que permita endilgarle el daño por acción u omisión. Bajo nuestra perspectiva, este juicio puede plantearse a partir de la posición garante del Estado a quien le corresponde una serie de deberes positivos con la población, en este caso el suministro continuo, disponible y de calidad del recurso hídrico a la población Wayúu. Si estos deberes no son satisfechos de forma oportuna se podría virtualmente generar responsabilidad contra el Estado. Este juicio de imputación se explica de forma detalla en el próximo apartado.

3.4. Juicio de imputación a partir de la posición garante del Estado

El juicio de imputación es un proceso dirigido a establecer a quien se le puede atribuir el daño para que tenga que resarcirlo patrimonialmente. Se trata de un juicio de reproche, que va más allá de una simple causalidad fáctica o natural entre una acción y un resultado, que busca vincular al comportamiento omisivo o activo de una autoridad pública al incumplimiento de unos deberes que le fueron asignados a nivel constitucional o legal¹⁴⁸.

En el caso presente, como se analiza la falta de políticas públicas para garantizar el acceso al agua potable a la población Wayúu, estamos en presencia de un supuesto de omisión que exige que se demuestre que el Estado no cumplió de forma efectiva sus funciones públicas frente a un colectivo étnico.

Como se trata de una responsabilidad por omisión, el Consejo de Estado ha señalado que el fundamento para imputar el resultado dañoso se construye sobre razones de derecho y

¹⁴⁸ Enrique GIL BOTERO. *La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 15.

no sobre razones de hecho, en virtud de las cuales se atribuye la violación a los derechos fundamentales a las entidades demandadas, no por un juicio de causalidad sino por un juicio de imputación que permita comprobar que se infringieron estándares normativos fijados por el orden jurídico que debían ser observados de forma diligente por los organismos oficiales¹⁴⁹.

Según Enrique Gil Botero, en la imputación del daño por omisión, como no es posible determinar el curso causal entre una acción y un resultado lesivo, lo que se debe determinar es a quién atribuirle el daño por la inejecución de sus deberes funcionales. El juicio de imputabilidad va más allá de una simple causalidad que demuestre un nexo natural entre una acción y un resultado, ya que permite vincular un daño a la omisión de las autoridades públicas, con fundamento en el incumplimiento de sus deberes legales y constitucionales con los ciudadanos¹⁵⁰.

En ese sentido lo relevante es establecer a quién le es atribuible el resultado dañoso, para lo cual se debe plantear inicialmente una *imputación fáctica* en la que se compruebe a quien le correspondía adoptar una acción y no la ejecutó y también hay que formular una *imputación jurídica* para determinar si a la entidad pública al no ejecutar sus deberes le corresponde resarcir normativamente el daño, aunque no lo haya causado directamente¹⁵¹.

Para que se responsabilice al Estado por un resultado dañino por omisión (en este caso por los eventuales perjuicios ocasionados por la falta de suministro del recurso hídrico), se debe corroborar la existencia de una falla del servicio¹⁵² por la violación de ciertos deberes positivos —mandatos de acción— a partir de los cuales se hubiese evitado o prevenido el daño. Según el Consejo de Estado es necesario acreditar i) la omisión o inactividad de la autoridad pública, ii) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos y iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la Administración por la insatisfacción de estos débitos constitucionales o legales¹⁵³.

Dentro de la falla del servicio se alude al desconocimiento de la posición de garante como factor de imputación a partir del cual se le puede atribuir un daño por omisión al Estado y para su verificación se debe comprobar el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, de manera que las autoridades públicas tienen que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2014, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Radicado 05001-23-31-000-1999-03218-01 (31182).

¹⁵⁰ Enrique GIL BOTERO. *Ibíd.* p.24.

¹⁵¹ *Ibíd.* p.32.

¹⁵² La falla del servicio es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado, que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el Estado, o de la función genérica que tiene el Estado y que se encuentra consagrada en la Constitución Política. Catalina IRISARRI BOADA. *Ibíd.* p.32.

¹⁵³ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 28 de enero de 2015, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicado: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

¹⁵⁴ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, C. P. Enrique Gil Botero. Expediente: 15.567.

La posición de garante es la situación en que se halla una persona natural o jurídica, que tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado que es evitable, y si esta obligación se incumple y con ello surge un evento lesivo, debe asumir el daño que se produce, pues su falta de actuación es equivalente a haber ocasionado el daño de forma directa¹⁵⁵.

La imputación de responsabilidad al Estado por desconocer ciertos deberes a su cargo, debe trascender de un análisis abstracto o genérico, pues, si bien el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester señalar que, de acuerdo con una formulación amplia de la posición de garante, para establecer una imputación es necesario que se compruebe que la entidad obligada no impidió el resultado lesivo y que además contaba con los recursos para haberlo evitado de forma oportuna¹⁵⁶.

Para Freitas y Teixeira si la imputación por el desconocimiento de la posición de garante se analiza a la luz del incumplimiento o la falta de formulación o adopción de una política pública, es posible responsabilizar virtualmente al Estado, cuando se cumplen los siguientes presupuestos:

- Si la abstención estatal fue una omisión negligente, cuando de antemano las autoridades contaban con los medios eficientes y equitativos para la obtención eficaz de los fines y objetivos constitucionales.
- Si se trató de omisión generadora de sacrificios inicuos e inaceptables para la comunidad.
- Si el costo-beneficio de la omisión fue injustificable con consecuencias racionalmente inaceptables¹⁵⁷.

Es importante precisar que el desconocimiento de la posición de garante es una hipótesis de falla del servicio cuando el daño generado es el resultado de omisiones atribuibles a una autoridad pública.

Según el Consejo de Estado, la posición de garante es un tipo de imputación inserta dentro del régimen de falla del servicio, que halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado, de manera que el Estado tiene que asumir los daños cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que no cumplió con su obligación de diligencia y cuidado al no implementar las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de los asociados¹⁵⁸.

La posición de garante como hipótesis de falla del servicio, implica que la falta de acciones de las autoridades públicas para garantizar el acceso al recurso hídrico, sea

¹⁵⁵ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2015, C. P. Hernán Andrade Rincón, Radicación: 200012331000200401512 01

¹⁵⁶ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 23 de noviembre de 2016, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación: 68001233100020070050401 (41.134)

¹⁵⁷ Juárez FREITAS y Anderson TEIXEIRA. “Omisión Inconstitucional: Una ampliación Conceptual en el ámbito de las políticas públicas”, *Revista Estudios constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol.11, n°1, 2013, p.156.

¹⁵⁸ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 9 de septiembre de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Radicación: 200012331000200401512 01.

equiparable a que el Estado haya causado directamente la vulneración al derecho al agua potable de la población¹⁵⁹.

Ello se debe a que la razón de ser de las autoridades públicas no es otra que la de garantizar los derechos de los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, de manera que *«omitir tales funciones (en este caso no garantizar medidas para el suministro del líquido vital) entraña la responsabilidad institucional, pues el Estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto a los derechos sea real y no solo meramente formal»*¹⁶⁰.

Si se analizan a grandes rasgos las omisiones a cargo de cada una de las autoridades nacionales, departamentales y municipales en la provisión del recurso hídrico a la etnia Wayúu, se puede identificar que los ministerios de Ambiente y de Salud, de conformidad con el Decreto 1575 de 2007, no cumplieron las siguientes funciones en materia de provisión de agua potable:

- No diseñaron modelos conceptuales, técnicos, operativos y de protocolo para garantizaran que el agua fuera apta para el consumo humano.
- No formularon programas de reducción de riesgos y planes de contingencia efectivos para mitigar la escasez del recurso hídrico de forma coordinada y articulada con las entidades territoriales.

Igualmente, la Superintendencia de Servicios Públicos, no ha asegurado el cumplimiento de los contratos de suministro del recurso hídrico a la población, ni ha sancionado a las empresas que prestan de forma deficitaria el servicio de agua, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

En el ámbito departamental, según datos de la Procuraduría General de la Nación, la Gobernación de la Guajira no ha prestado funciones de asistencia y auxilio a los municipios para garantizar de forma concurrente a través de Planes Departamentales de Agua, el acceso al agua potable a la población Wayúu, manteniendo el déficit de recursos acuíferos que padece ese colectivo¹⁶¹.

En la órbita municipal, conforme informaciones suministradas por la Contraloría General de la República, se puede identificar que las alcaldías de Uribia, Barrancas, Distracción, Fonseca, Maicao, Manaure y Riohacha, donde se encuentran las comunidades Wayúu, han presentado falencias para girar los recursos necesarios para el desarrollo de obras de acueducto y alcantarillado en los territorios de este grupo étnico, no han implementado subsidios a las personas de menores ingresos y no han garantizado el cumplimiento de estándares de calidad, disponibilidad, continuidad y eficiencia en la provisión del recurso hídrico a sus habitantes¹⁶².

¹⁵⁹ Martha REYES VALVUENA. *Ibíd.* p.15.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 16 de febrero de 2017, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 68001231500019990233001 (34928)

¹⁶¹ Procuraduría General de la Nación. *Ibíd.* p.22.

¹⁶² Contraloría General de la República. Auditoría Fiscal del Sistema General de Participaciones en la Guajira, 2017. Disponible en http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/AD-Proceso_auditor/2017/2017210_Info_Def_Aud_Reg_Contra_Dep_Guajira_Vig_2016.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

Igualmente, la Defensoría del Pueblo ha señalado que no existen medidas articuladas y coordinadas del Gobierno Nacional y de los entes territoriales para solventar la falta de agua a mediano y largo plazo del colectivo Wayúu y hay poca respuesta administrativa, técnica y financiera para asegurar el suministro del líquido vital en condiciones de suficiencia y calidad conforme a los deberes constitucionales y legales de las instituciones públicas¹⁶³.

Frente a estas omisiones surge una hipótesis de falla del servicio por la vulneración de deberes positivos a cargo de diferentes entidades estatales, que con desconocimiento de su posición de garante no adoptan acciones que procuren la tutela eficaz de los intereses y bienes jurídicos de las personas conforme a la lógica y la filosofía de un Estado social de derecho¹⁶⁴. En este supuesto lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración que las instituciones públicas no han cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante frente a los ciudadanos¹⁶⁵.

Estos deberes institucionales se fundamentan en la solidaridad que le surge al Estado frente a personas en condiciones de vulnerabilidad que requieren de medidas afirmativas para que puedan acceder a sus derechos de forma justa y equitativa¹⁶⁶.

Como la falla del servicio es el género y la posición de garante es la especie, es importante advertir que para imputar el daño al Estado por la omisión de políticas públicas, es necesario que se pruebe la falla de servicio por el incumplimiento de los deberes constitucionales y legales con la población, en este caso con la etnia Wayúu. Ello nos conduce al interrogante sobre si las víctimas deben demostrar la falla del Estado, es decir, el incumplimiento de los débitos funcionales de las entidades públicas (falla probada), o si por el contrario la actuación irregular y negligente del Estado se puede presumir y son las entidades públicas a las que les corresponde demostrar que, a pesar del daño, cumplieron su labor de forma diligente y no pudieron prevenir su causación (falla presunta).

3.5 Aplicación del régimen de falla probada o falla presunta ¿Cuál sería adecuado adoptar?

En el derecho colombiano, la falla probada se ha constituido en el régimen probatorio de responsabilidad del Estado por excelencia, permitiendo que se pueda atribuir el daño a una entidad pública, si se llega a demostrar su actuar negligente o irregular en el hecho lesivo¹⁶⁷.

La falla probada, implica que las víctimas tengan que acreditar la violación de leyes o reglamentos para que las entidades estatales puedan ser responsabilizadas, y solo podrán exonerarse si llegan a demostrar que desarrollaron su actividad de forma previsiva,

¹⁶³ Defensoría del Pueblo. Crisis humanitaria en la Guajira. Ibíd. p.23.

¹⁶⁴ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 16 de febrero de 2017, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 68001231500019990233001 (34928)

¹⁶⁵ Ibíd.

¹⁶⁶ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 1 de julio de 2015, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 680012315000199901505 01 (31412).

¹⁶⁷ Ciro MEDINA. “La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado”. *Revista Prolegómenos - Derecho y Valores*, Universidad Militar Nueva Granada, vol.15, n°29, 2012, p.99.

prudente y diligente, pues frente a este régimen probatorio lo esencial es el análisis de la actuación subjetiva del organismo oficial para determinar su responsabilidad¹⁶⁸.

Por otra parte, la falla presunta, hace alusión a aquellos supuestos en los cuales las víctimas solo tienen que demostrar que han sufrido un perjuicio indemnizable (daño) y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio, sin que sea necesario probar la falla como elemento estructurador de la responsabilidad¹⁶⁹.

Este régimen parte de la premisa que la prueba de falla se torna a veces muy dificultosa, de manera que se adopta una fórmula a partir de la cual se presume el comportamiento negligente de las entidades demandadas, correspondiéndoles a este últimas la carga de la prueba de tener que demostrar una causa extraña como el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho de un tercero, para poder ser eximidas de responsabilidad¹⁷⁰.

Las autoridades públicas presuntamente culpables, deben demostrar mediante hechos positivos la manera en la que obraron para evitar el daño, para impedir que sean obligadas a resarcir patrimonialmente el daño que se les endilga¹⁷¹.

Frente a la responsabilidad que le puede surgir al Estado por la omisión de políticas públicas tendientes al abastecimiento hídrico de la población Wayúu, el régimen aplicable a juicio de esta disertación, es el de falla presunta, pues las víctimas son sujetos de especial protección constitucional¹⁷² que no tienen acceso a los medios probatorios técnicos para demostrar el actuar irregular de la Administración Pública, mientras las entidades concernidas pueden obtener las evidencias para su defensa de forma más expedita y ágil.

Esta postura tiene respaldo en autores como Bethman, que señala que en ciertos casos cuando los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico, se hace necesario radicar o presumir la carga de la prueba en el demandado, que puede aportarla al proceso con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos¹⁷³.

Igualmente, Bermúdez Muñoz, ha señalado que es perfectamente posible que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella

¹⁶⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2015. C. P. Danilo Rojas Betancur. Radicado: 30102

¹⁶⁹ Andrés Felipe, CADENAS CASAS. “Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva”. *Revista Vía Iuris*, Fundación Universitaria Los Libertadores, n° 22, 2017, p.53.

¹⁷⁰ Javier TAMAYO JARAMILLO. *La Responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Temis, 4ed, 2017, p.34.

¹⁷¹ Catalina IRISARRI BOADA. *Ibíd.* p.36.

¹⁷² “La jurisprudencia constitucional ha señalado, que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente incisos en sus incisos 2° y 3°, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta. La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación y la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres”. Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷³ Jeremy BENTHAM. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 4ed, 2016, p.38.

parte que esté en mejores condiciones para hacerlo, lo que conduce a que el Estado tenga que asumir ese esfuerzo probatorio por tener una posición privilegiada para acceder a las evidencias¹⁷⁴.

En ese sentido, si se examina la responsabilidad que el Estado puede virtualmente asumir por la omisión de políticas públicas dirigidas a proveer el acceso al agua potable a la etnia Wayúu, resulta pertinente precisar que las víctimas podrían ser excluidas de tener que probar la falla del servicio y únicamente tendrían que probar el daño antijurídico generado por el desconocimiento de la posición de garante por parte de las entidades estatales encargadas de garantizarles el suministro del servicio hídrico.

Conclusiones del capítulo

i) El Estado no ha formulado políticas públicas efectivas para garantizar el acceso al agua potable a la población Wayúu, en el entendido en que no se han expedido medidas legislativas, administrativas o presupuestales que puedan asegurar un suministro de agua de forma continua e ininterrumpida a ese colectivo, causando con ello un daño antijurídico por el cual el Estado puede ser eventualmente responsabilizado.

ii) En el ámbito municipal no se han adoptado acciones que garanticen el giro de recursos para construir acueductos y alcantarillados, no se han asegurado los subsidios para personas de menores ingresos y no se han implementado esquemas de prestación del servicio en condiciones de eficiencia, disponibilidad y continuidad. En la órbita departamental no se ha garantizado la asistencia financiera y técnica a los municipios para que puedan asegurar el acceso al líquido vital a esta comunidad indígena. En el plano nacional ha faltado articulación y coordinación de medidas afirmativas con las entidades territoriales para provisionar el recurso hídrico a este grupo poblacional en condiciones de calidad.

iii) La imputación del daño antijurídico al Estado por la falta de suministro de agua potable a la etnia Wayúu, implica demostrar el incumplimiento de la posición de garante de las entidades públicas encargadas de asegurar el fluido hídrico, por no honrar sus deberes constitucionales y legales, pues la falta de acciones para evitar el resultado dañoso equivale a la producción efectiva del hecho lesivo en contra de esa comunidad indígena. Esta imputación se encuentra inserta en el régimen de falla de servicio y se presenta cuando hay una prolongada omisión de medidas legislativas o administrativas frente a una situación insatisfactoria o problemática.

iv) El régimen probatorio para responsabilizar al Estado por la omisión de políticas públicas, es el de falla presunta, pues las víctimas por sus condiciones de exclusión social, cultural y económica se encuentran en circunstancias de desventaja para acceder al material probatorio, mientras las entidades públicas pueden obtener las evidencias con más facilidad y menos inconvenientes, por ser las directamente encargadas de planear e implementar las políticas sociales.

CAPÍTULO 4. PROBLEMÁTICA DE ACCESO AL AGUA POTABLE AL PUEBLO WAYÚU: UNA REALIDAD PROLONGADA EN EL TIEMPO QUE PUEDE GENERAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL AL ESTADO

¹⁷⁴ Martín BERMÚDEZ MUÑOZ. “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”. *Revista Temas Jurídicos*, n°11, 2015, p.25.

En el presente capítulo se pretende abordar la problemática de acceso al agua potable que padece la población Wayúu con el fin de determinar si presenta o no responsabilidad patrimonial del Estado por la falta de adopción de políticas públicas encaminadas a subsanar precisamente esa situación de desabastecimiento. Para ello se examinan las causales sociales, políticas y económicas que están originando la crisis del recurso hídrico, luego se detallan las gestiones desarrolladas por las entidades a nivel nacional, departamental y municipal frente al déficit del recurso acuífero. Adicionalmente se busca analizar la actitud activa u omisiva que han adoptado estos actores públicos frente a la problemática y si han honrado su posición como garantes del derecho al agua potable, con miras a identificar si su conducta puede configurar un daño antijurídico y si es posible imputarles responsabilidad ante los jueces administrativos, sin dejar de lado las posibles causales de exculpación que podrían invocar para exonerarse de la condena judicial. Por último, se formula una solución de política pública tendiente a resolver de forma estructural y definitiva el desabastecimiento que aqueja a la comunidad indígena.

4.1 Causas sociales, económicas y políticas que originan el desabastecimiento

El origen de la falta de acceso de agua potable al Pueblo Wayúu es multicausal, pues hay varias razones que explican la crisis de suministro del recurso hídrico que atraviesa actualmente esa población. Hay unas causales sociales que se relacionan con las condiciones de marginalidad y exclusión en las que viven los integrantes de esa etnia, que les impiden acceder a una fuente hídrica disponible y continua. Según la Procuraduría General de la Nación, para acceder al líquido vital, los integrantes de esa etnia deben acudir a pozos y molinos rudimentarios de los cuales el 70% de estos se encuentra inoperantes por falta de mantenimiento¹⁷⁵. Igualmente, por su condición de aislamiento social, las comunidades se encuentran muy alejadas de los pozos o sitios de abastecimiento, los cuales se encuentran a extensos recorridos de su cobertura. La Corte Constitucional, en la sentencia T-302 de 2017, señaló que, para la obtención y la recolección del recurso hídrico, los pobladores demoran comúnmente más de una hora en llegar a la fuente de agua más cercana que, en muchos casos, se encuentra contaminada o contiene sustancias insalubres, y en ese sentido se hace prácticamente imposible el disfrute real y efectivo del acceso a los bienes acuíferos¹⁷⁶.

Según Torres y Perdomo, para la obtención del líquido vital, los miembros de la comunidad deben transitar por lo regular aproximadamente 1300 metros para encontrar un pozo o un jagüey desde su lugar de residencia hasta la fuente de abastecimiento, teniendo además que realizar largas filas para poder acceder al líquido vital¹⁷⁷.

Estas distancias para obtener el recurso acuífero son absolutamente desproporcionadas, porque para que una fuente de agua se considere accesible y disponible no puede encontrarse a más 1.000 metros del hogar de sus receptores y el tiempo de recogida no debe superar los 30 minutos. Además, el agua debe estar libre de micro-organismos,

¹⁷⁵ Procuraduría General de la Nación. Ibíd. p.45.

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-302 de 2017, M.P: Aquiles Arriera Gómez.

¹⁷⁷ Isabella TORRES y Daniel PERDOMO. *Transporte y almacenamiento de agua para las comunidades wayúu de jujulekat, sirmana y panterramana en el municipio de Manaure*. Cali: Universidad Icesi, 2015, p.13.

sustancias químicas y amenazas que constituyan un peligro para la salud de quienes se abastecen¹⁷⁸.

Igualmente hay que precisar que las regiones donde viven los Wayúu tienen redes de acueducto y alcantarillado obsoletas e insuficientes para abastecer y suplir las necesidades de toda la población, pues alrededor del 97,7% de sus habitantes no cuenta con servicio de acueducto y el 98% no cuenta con servicio de alcantarillado¹⁷⁹. Según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos el acceso al agua es deficitario porque solo se apoya en la construcción de cinco pozos de agua subterránea para los municipios de Riohacha, Manaure y Uribia, que se encuentran en condiciones antihigiénicas y se ubican a una gran distancia de las comunidades indígenas que han tenido adaptarse a obtener el recurso mediante prolongadas y complejas travesías, al no contar con un servicio de alcantarillado y acueducto que les permita suplir sus necesidades¹⁸⁰.

Por otra parte, hay unas causas políticas que originan la situación de escasez del recurso acuífero como la falta de acciones gubernamentales articuladas para construir obras de abastecimiento que permitan solucionar la escasez del líquido vital de forma estructural y no solo coyuntural. Según la Procuraduría General de la Nación, no se han construido plantas desalinizadoras de agua ni tampoco se han incorporado plantas potabilizadoras para garantizar un suministro constante del recurso hídrico de forma ininterrumpida, físicamente disponible, cercano y sin agentes patógenos para la salud¹⁸¹. La falta de construcción de estas obras ha sido asociada a prácticas de corrupción, pues según la Contraloría General de la República, no obstante que la Administración Departamental de la Guajira ha contratado doce sistemas para captación y abastecimiento de agua que debían quedar listos en 2015, para el año 2017 todavía no se había iniciado la construcción de estas vías de abastecimiento, a pesar de haberse destinado \$1.630 millones para su edificación¹⁸².

En esa línea de ideas, desde una perspectiva política, no se han realizado las labores en materia de infraestructura y alcantarillado para garantizar el suministro del líquido vital a la comunidad, y solo se han adoptado medidas asistencialistas e inmediateistas como la utilización de carros cisternas para llevar el líquido, sin que los pobladores puedan almacenar el agua en sus hogares, de forma que se contamina rápidamente con el paso del tiempo¹⁸³.

Hay que recordar que, según la sentencia T-028 de 2014, el empleo de carro tanques por parte de las autoridades públicas no puede ser considerado como un medio para garantizar el derecho al agua, pues no permite el acceso directo y permanente a fuentes de

¹⁷⁸ Dejusticia. Informe de acompañamiento del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad a la inspección realizada por la Corte Constitucional a La Guajira en el marco del proceso T-5.697.370, 2017, p.8.

¹⁷⁹ Ibíd.

¹⁸⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ibíd.

¹⁸¹ Procuraduría General de la Nación. Ibíd. p.123.

¹⁸² Contraloría General de la República. Contraloría General de la República. Auditoría Fiscal del Sistema General de Participaciones en la Guajira, 2017.

¹⁸³ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría pide declarar estado de cosas inconstitucionales por crisis en La Guajira. Boletín de Prensa 172, 2017. Disponible en https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-pide_declarar_estado_de_cosas_inconstitucionales_por_crisis_en_La_Guajira.news [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

abastecimiento, ya que se trata de una solución temporal, sujeta a constantes paralizaciones¹⁸⁴. En uno de sus últimos pronunciamientos sobre la escasez del recurso hídrico en La Guajira, la Corte Constitucional indicó que *«el suministro de agua con carro tanques en la Guajira, es infortunadamente de escaso cubrimiento, ocasional, y es susceptible de verse sujeto a presiones e interrupciones de diversa índole por lo cual no puede verse como una solución de largo plazo a las necesidades de la población»*¹⁸⁶.

Adicionalmente no puede dejarse de lado que la crisis de abastecimiento obedece también a causas económicas, es decir, por razones de interés o lucro, principalmente de compañías que han ingresado a los territorios habitados por los Wayúu para apoderarse de sus recursos mineros. Existe evidencia que, con la entrada de empresas de esta índole a las regiones habitadas por esa etnia, comenzó a generarse un descenso de los afluentes de agua potable de los cuales se valía la población para abastecerse. Esta situación se puede evidenciar, según Dejusticia, en la actividad extractiva ejecutada por la empresa Cerrejón la cual no solo modificó el uso de las fuentes hídricas, sino que además mediante las explosiones que realiza para extraer el mineral, ha provocado el descenso de la capa freática de los terrenos habitados por los Wayúu, dejando los pozos de las comunidades secos, incluso cuando éstos se encuentran por fuera de la denominada zona de influencia de la mina¹⁸⁷.

La afectación de las fuentes acuíferas causadas por el Cerrejón se puede evidenciar en la sentencia SU-698 de 2017 en la cual se determinó que esa empresa había desviado un arroyo de agua potable que desembocaba en el río Ranchería de La Guajira para fines industriales, poniendo en riesgo el abastecimiento de la comunidad Wayúu que empleaba esa fuente fluvial para provisionarse de agua, por lo cual se procedió a suspender las obras de desvío del afluente llevadas a cabo por la multinacional, mientras se adelantaban las gestiones pertinentes para determinar la afectación ocasionada por el proyecto sobre la oferta y demanda hídrica de la comunidad¹⁸⁸.

En ese orden de ideas, no hay duda que el origen de la situación de desabastecimiento hídrico que atraviesa la población Wayúu es multicausal, que obedece a unas razones sociales que se asocian con la exclusión y el déficit acceso al recurso hídrico que históricamente ha padecido la población, a la interferencia de empresas mineras que desvían los caudales de agua potable para su propio beneficio y a la insuficiente y desarticulada gestión de las autoridades públicas para lograr una solución estructural de abastecimiento y no solo una provisión coyuntural.

Frente la problemática de desabastecimiento que padece este colectivo, el Estado ha adoptado algunas acciones tendientes a suministrar el líquido vital a la población Wayúu, pero esas gestiones se han caracterizado por su dispersión, es decir, han sido esfuerzos aislados de diferentes instituciones públicas, sin mecanismos conjuntos o coordinados y además no han sido suficientes para garantizar el acceso al recurso hídrico, pues los pobladores continúan sin una solución estructural que permita la provisión continua, asequible y de calidad del agua potable.

¹⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2014, M.P: María Victoria Calle Correa.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-302 de 2017, M.P: Aquiles Arriera Gómez.

¹⁸⁷ Dejusticia. Informe de acompañamiento del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad a la inspección realizada por la Corte Constitucional a La Guajira en el marco del proceso T-5.697.370, 2017. p.16.

¹⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-698 de 2017, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

4.2 Actuaciones del Estado frente a las deficiencias en la obtención del líquido vital: gestiones dispersas e insuficientes para garantizar el derecho

En primer lugar, se señalarán las labores realizadas por los diferentes Ministerios ante la crisis de desabastecimiento que atraviesa la población Wayúu. Después se describirán las tareas desarrolladas por las autoridades administrativas independientes como la Unidad Nacional para la Gestión de Riesgo de Desastres y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Luego se examinarán las gestiones desarrolladas por el departamento de la Guajira y posteriormente se analizarán las labores ejecutadas por los diferentes municipios en los cuales se encuentran ubicadas las comunidades Wayúu.

Antes de comenzar con cada uno de los aportes de los actores estatales involucrados, hay que señalar que, en términos generales, el Gobierno nacional trazó una estrategia denominada «la Alianza por el Agua y la Vida» con el fin de contrarrestar la crisis hídrica que atraviesa La Guajira, enfocada en tres objetivos: (1) duplicar la cobertura de agua en la zona rural de la Alta Guajira, (2) incrementar en un 50% la cobertura de programas de seguridad alimentaria, y (3) atender al 100% de los niños identificados con desnutrición aguda. También se formuló el CONPES 3833 de 2017 mediante el cual se adoptó la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación de los servicios de salud, educación, alimentación escolar y agua potable y saneamiento básico en el departamento de La Guajira por parte del nivel nacional. Si se analiza la gestión en detalle de los Ministerios es posible identificar algunos avances importantes, pero ninguna solución estructural y efectiva al desabastecimiento que padecen los Wayúu.

El ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio adoptó como medida principal la asunción de la competencia del departamento de la Guajira en materia de servicio de agua potable y saneamiento básico, ante la falta de acciones de esa entidad territorial para prestar asistencia técnica y financiera a los municipios y ante la ausencia de interés por diseñar e implementar un Plan Departamental de Agua que permitiese la construcción de acueductos que facilitaran la cobertura del recurso hídrico a la población Wayúu.

La competencia del Departamento le fue asignada a una Administradora Temporal para el sector de agua potable y saneamiento básico¹⁹⁷, con el fin de formular un Plan Departamental de Agua mediante el cual se diseñe y se construyan las obras de acueducto y alcantarillado necesarias para satisfacer la demanda hídrica de la etnia. Según el artículo 2.6.3.4.2.22. del Decreto 1068 de 2015, esta Administración Temporal debe garantizar la prestación del servicio de agua potable: a) ejecutando las actividades relacionadas con su planificación o planeación; b) suscribiendo los contratos que sean requeridos para garantizar el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad del servicio; c) administrando el personal responsable de la prestación del servicio, d) preservando y defendiendo los recursos públicos; y e) presentando los informes que se requieran sobre la gestión y los resultados del servicio.

¹⁹⁷ La Administración Temporal es una figura establecida en el Decreto 2613 de 2009, mediante la cual a través de la expedición de un acto administrativo, el Gobierno asume las competencias de un departamento o municipio, cuando no está gestionando de forma adecuada los recursos del Sistema General de Participaciones para proveer los servicios públicos a la población. Se recomienda ver la nota al pie 22.

De acuerdo con la información recabada en la sentencia T-216 de 2019, se identificaron al menos 15 proyectos de acueducto y alcantarillado¹⁹⁸ y se pretende la construcción de 6 pilas públicas con el fin de garantizar la disponibilidad del líquido cuya ubicación está definida y socializada. También se han incorporado las partidas presupuestales necesarias de conformidad con el Decreto 161 de 2017 para realizar un Plan Departamental de Agua que permita garantizar la cobertura del recurso hídrico¹⁹⁹.

Los ministerios de Salud y de Ambiente, conforme al Decreto 1575 de 2007, debían diseñar los modelos conceptuales, técnicos y operativos para el control y vigilancia para garantizar la calidad del agua y elaborar los planes de contingencia ante la eventual contaminación del líquido vital, sin embargo, no existe registro de alguna de estas gestiones por parte de ambos Ministerios, por lo cual en la actualidad no hay ningún modelo técnico que permita garantizar la potabilidad del agua que emplean los pobladores Wayúu para saciar sus necesidades básicas.

Eventualmente el Ministerio de Ambiente ha intervenido frente a la contaminación hídrica causada por la empresa Cerrejón al río Ranchería del cual se sustenta la población Wayúu, obligando a la compañía a adoptar un Plan de Manejo Ambiental²⁰⁰ mediante el cual tome acciones de mitigación, control, compensación y corrección de los impactos que su proyecto minero puede generar sobre los recursos hídricos de ese colectivo. Sin embargo, hay que precisar que esa cartera ministerial, a través del ANLA, le otorgó licencia ambiental a la empresa minera Cerrejón para desviar el arroyo Bruno, uno de los 45 arroyos estacionarios que desemboca en el río Ranchería, poniendo en riesgo el abastecimiento de la comunidad étnica que emplea esa fuente fluvial para provisionarse de agua, hasta que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-698 de 2017 suspendió las obras de desvío del río llevadas a cabo por la empresa minera, mientras se adelantaban las gestiones pertinentes para determinar la afectación ocasionada por el proyecto sobre la oferta y demanda hídrica de la comunidad.

Por otra parte si se analizan las gestiones de las autoridades administrativas independientes, se puede hacer alusión a la Unidad Nacional para la gestión de Riesgo de Desastres (UNGRD), que en 2015 suscribió el Convenio 1338 (UNGRD) mediante el cual se instalaron 148 tanques (con capacidad entre 5.000 y 10.000 litros), pusieron en

¹⁹⁸ Los proyectos de acueducto y alcantarillado más importantes que se identificaron para satisfacer la demanda hídrica de la población Wayúu fueron los siguientes: (i) Construcción de sistema de almacenamiento de agua potable para aulas satélites en zona rural del municipio de Uribia. (ii) Construcción de micro acueductos para suministro de agua potable y segura, utilizando un sistema de bombeo de energía fotovoltaica en Juyatpana, Galilea, Betania, Santa Clara, Hamaca, Tolda, Monguí y Nueva Lucha. (iii) Ampliación de reservorios en las comunidades indígenas del resguardo de alta y media Guajira en Uribia. (iv) Construcción de reservorios en las comunidades del resguardo indígena de Ariachicanay, Ichichon, Yaichi, Mochomana, Salijanao y Patellamana en la alta Guajira. (v) Construcción de la estación de bombeo, sistema de tratamiento y producción de agua potable en el sector industrial del municipio de Uribia.

¹⁹⁹ Gobernación de la Guajira. Por el cual se realizan unas homologaciones de códigos presupuestales al decreto 070 de 2017 y modificaciones al presupuesto de ingresos y gastos del departamento de la Guajira en el sector de agua potable y saneamiento básico. Disponible en <http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/4067/Decreto%20161%20de%202017.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

²⁰⁰ Artículo 1 del Decreto 222 de 2000 El Plan de Manejo Ambiental es aquel que establece las acciones que se requieren para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles impactos ambientales negativos que puedan ocurrir en desarrollo de un proyecto, obra o actividad e incluye adicionalmente los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo del cumplimiento de las acciones referidas y los de contingencia.

operación 14 plantas potabilizadoras y se distribuyeron 281.118.152 litros de agua por medio de carro tanques y micro acueductos²⁰¹.

Por su parte, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social adelantó acciones como la construcción o mejoramiento para el aprovechamiento de 16 pozos profundos para atender a 9121 habitantes, se realizaron perforaciones de 15 pozos para aprovechamiento de agua subterránea, 4 en el municipio de Uribia y 11 en el municipio de Manaure. También se efectuó la contratación de 12 nuevos Sistemas Integrales de agua, de los cuales únicamente se ha ejecutado un convenio²⁰².

A nivel Departamental, la competencia de asistencia y auxilio financiero, al igual que la formulación de Planes Departamentales de Agua, como se mencionó, fue asumida por el ministerio de Vivienda y en consecuencia esas son las gestiones que se han realizado para paliar la demanda hídrica de los Wayúu²⁰³.

A nivel municipal, algunas entidades reportaron acciones para asegurar la disponibilidad de agua potable a la comunidad étnica. Por ejemplo, el municipio de Maicao mediante carros cisterna, realizó el suministro de 61.500.900 litros de agua en 409 comunidades con 20.000 familias beneficiarias en el 2015 y de 54.491.200 litros de agua en el 2016. Igualmente efectuó la entrega de 26 tanques de almacenamiento, beneficiando a 84 familias de la región. Por otro lado, el municipio de Manaure garantizó el suministro de 6 carro-tanques, provenientes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado Triple A, presentando problemas por falta de carro tanques suficientes y en buen estado, así como por la ausencia de recursos para el mantenimiento técnico de la operación²⁰⁴.

Igualmente, el municipio de Uribia desarrolló medidas para atender la crisis, como la realización de estudios específicos sobre fuentes y acuíferos y la elaboración de estudios y diseños de varios micro acueductos comunitarios²⁰⁵.

Como se puede analizar, las medidas adoptadas por el Estado en su dimensión nacional, departamental y municipal son dispersas y desarticuladas, pues no existe un mecanismo que articule y armonice las gestiones de las diferentes autoridades públicas involucradas en la provisión de agua potable para la población Wayúu, pues lo que hizo el Gobierno nacional ante la crisis de desabastecimiento fue asumir de forma subsidiaria la competencias del departamento de la Guajira para asistir financiera y técnicamente a los municipios y elaborar los Planes Departamentales de Agua, pero esta estrategia no garantiza la coordinación y la concurrencia de todos los actores públicos para asegurar el suministro del agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad, accesibilidad y asequibilidad. Las gestiones de cada uno de los actores son aisladas y descoordinadas, ya que carecen de objetivos comunes e instrumento de apoyo y de rendición de cuentas unificados.

Asimismo, las gestiones de las entidades nacionales y municipales son absolutamente insuficientes, pues el esfuerzo institucional se ha enfocado en dar soluciones coyunturales como la provisión de carros cisterna a la población, pero no se han ejecutado labores

²⁰¹ Cifras establecidas en la sentencia T-302 de 2017. M.P: Aquiles Arriera Gómez.

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

tendientes a garantizar el suministro del recurso hídrico de forma continua y definitiva. Sobre este punto la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-216 de 2019 que *«las comunidades Wayúu, desde la más cercana hasta la más apartada, tienen derecho a un suministro continuo y suficiente de agua, tanto para fines agrícolas como para consumo humano, por lo cual el despacho esporádico de carros cisterna, si bien es beneficioso para las comunidades, no es suficiente para el logro de este objetivo»*²⁰⁷.

La mayoría de los proyectos de abastecimiento se encuentra en fase de planeación y todavía no se han ejecutado ni los recursos ni las obras necesarias para su desarrollo. Según la Corte Constitucional en sentencia T- 302 de 2017, para la ejecución de los proyectos rurales de acueducto y alcantarillado en La Guajira que se encuentran dentro del Plan Departamental de Agua solo se han comprometido el 33% de los recursos destinados para su construcción²⁰⁸.

De igual forma, no se han realizado gestiones concretas para la potabilización del agua que consume la población, pues las labores de los ministerios y los municipios han estado encaminadas a aumentar la cobertura del recurso hídrico, pero no a asegurar que su provisión se encuentre libre de microorganismos patógenos o sustancias nocivas para la salud. Según Dejusticia, el 90% de la población Wayúu que usa el agua para su consumo, lo hace sin ningún tipo de tratamiento que garantice su potabilidad²⁰⁹. En ese orden de ideas, no es suficiente que las comunidades tengan a su disposición pozos subterráneos para autoproverse del recurso acuífero, si el agua que se obtiene de ellos no es apta para el consumo humano.

En síntesis, las medidas que se han adoptado a nivel nacional, departamental y municipal han sido desarticuladas e insuficientes para satisfacer la demanda hídrica de la población Wayúu, de lo cual se deriva que aún existe una vulneración masiva y generalizada de múltiples derechos fundamentales por la falta del suministro del líquido vital a un número significativo de personas, debido a una prolongada omisión de medidas coordinadas eficaces que eviten la escasez del agua potable. Este presupuesto de omisión de acciones efectivas y concretas constituye bajo nuestra perspectiva, un daño antijurídico mediante el cual se puede estructurar una hipótesis de responsabilidad en contra del Estado colombiano, en la medida que se supone que es deber de las autoridades nacionales, municipales y departamentales aunar esfuerzos por garantizar que las poblaciones, especialmente aquellos grupos que detentan una protección constitucional especial como los Wayúu, puedan disfrutar del derecho al agua potable en condiciones de accesibilidad, disponibilidad, y calidad.

La falta de medidas coordinadas por parte del Estado colombiano como supuesto generador de daño antijurídico se examina de forma profusa en el siguiente apartado.

4.3 Ausencia prolongada de medidas coordinadas como supuesto generador de daño antijurídico

Según la Procuraduría General de la Nación no existen medidas unificadas del Gobierno nacional y de los entes territoriales para solventar la falta de agua a mediano y largo plazo que aqueja a la población Wayúu, pues las acciones que se han implementado se reducen

²⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁰⁹ *Ibíd.* p.11.

a labores aisladas e inmediatistas que no están generando el impacto positivo esperado, y además no hay una acción conjunta de carácter administrativo, técnico y financiero que permita dar respuesta a los problemas de abastecimiento que padecen las familias de esa etnia indígena²¹⁰.

El Consejo de Estado, mediante fallo de 18 de mayo de 2017, con radicado 44001-23-33-000-2016-01352-01(AC), señaló de forma categórica que *«la crisis humanitaria que atraviesa la etnia Wayúu, y en general el departamento de La Guajira, evidencia fallas estructurales en la coordinación de la prestación de servicios esenciales, que requieren –obligatoriamente– del concurso de la cabeza de múltiples instancias del ejecutivo para liderar la planeación y ejecución de las medidas que ayuden a superar dicha crisis»*²¹². (Subrayado propio).

Asimismo esa alta Corporación mediante sentencia del 21 de marzo de 2018, con radicado 44001-23-40-000-2017-00167-01(AC), concluyó que conforme a los principios de concurrencia y coordinación, cada actor público involucrado en la provisión del agua potable a la población Wayúu debe trabajar mancomunadamente en aras de garantizar el acceso, disponibilidad, suficiencia y suministro del recurso hídrico en el departamento de La Guajira, por lo cual si generan daños a la salud o la vida de los integrantes de esa etnia, por la falta de esas acciones conjuntas, el Estado debe asumir la consecuente responsabilidad²¹³.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-302 de 2017, pudo constatar que si bien las entidades del orden nacional como territorial han adelantado una serie de planes y programas para enfrentar la problemática de desabastecimiento hídrico de la etnia Wayúu, *«las acciones implementadas por las diferentes entidades estatales tienen deficiencias, pues existen acciones materializadas en planes y programas que no tienen la cobertura necesaria y no cuentan con una sostenibilidad a largo plazo. Igualmente, existe una falta de coordinación entre las diferentes entidades a nivel nacional y territorial»*²¹⁵. Para el alto Tribunal las circunstancias que originan esta descoordinación están relacionadas con la ausencia de metas e indicadores conjuntos en materia de accesibilidad, disponibilidad y calidad, no hay mecanismos de apoyo financiero y técnico comunes para la construcción de acueductos y alcantarillados, no hay instrumentos de rendición de cuentas unificados que permitan identificar los avances y desafíos en materia de oferta y demanda hídrica. Adicionalmente no hay criterios coordinados de selección de los contratistas u operadores para diseñar y ejecutar los proyectos de abastecimiento, ni tampoco se establecen unas condiciones básicas de calidad y accesibilidad que deben satisfacerse en el desarrollo y ejecución de estos proyectos, sin importar la entidad que realice la contratación²¹⁶.

El único esfuerzo coordinado que existe para contrarrestar la crisis de abastecimiento hídrico, es la Alianza por el agua y por la vida, sin embargo este mecanismo presenta deficiencias importantes como las siguientes: (i) el plan constituye una solución parcial y no definitiva frente a la escasez del recurso hídrico; (ii) el plan no contempla tiempos

²¹⁰ Procuraduría General de la Nación. Ibíd. p.127.

²¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 18 de mayo de 2017, C. P: Stella Jeannette Carvajal Basto, radicado: 44001-23-33-000-2016-01352-01(AC).

²¹³ Consejo de Estado, sección cuarta, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P: Milton Chaves García, radicado: 44001-23-40-000-2017-00167-01(AC).

²¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-302 de 2017, M.P: Aquiles Arriera Gómez.

²¹⁶ Ibíd.

de progreso, pues no contiene acciones más allá de 2017; (ii) no se encuentra orientado al goce efectivo del derecho, pues no cuenta con indicadores conjuntos de resultado en materia de calidad, accesibilidad y disponibilidad; (iv) no tiene criterios uniformes para la elección de los beneficiarios ni tampoco para los contratistas encargados de los proyectos de abastecimiento²¹⁷.

En esa línea de ideas, se registra una prolongada omisión en la adopción de medidas coordinadas desde el nivel nacional hasta el territorial para lograr la satisfacción del derecho al agua potable para la población Wayúu, pues los escasos mecanismos que se han implementado han sido dispersos y desarticulados y en ese sentido se ha expuesto de forma injustificada a esa comunidad a soportar una violación sistemática de derechos fundamentales, causándole un daño antijurídico por la ausencia de acciones concretas y efectivas que diferentes autoridades a nivel nacional y territorial se encontraban obligadas a adoptar para contrarrestar el déficit hídrico.

Esta inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad del Estado cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable una actuación estatal diferente, en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso²¹⁸, es decir, la violación a los derechos fundamentales de los pobladores Wayúu, pues el Estado podía prever las consecuencias nocivas que el déficit del recurso hídrico podía producir en la comunidad indígena si no tomaba medidas conjuntas, pero a pesar de ello, permitió que la crisis se agravara y se profundizara con el paso del tiempo, con los resultados en materia de morbilidad y mortalidad en contra de los integrantes de esa etnia, especialmente los más vulnerables.

Por otro lado, este daño antijurídico podría imputarse hipotéticamente al Estado, por el desconocimiento de su posición como garante, es decir, por la falta de ejecución de sus deberes con la población, concretamente por no haber garantizado (teniendo el deber de hacerlo) el suministro del agua potable en condiciones de accesibilidad, disponibilidad y calidad.

4.4 Desconocimiento del deber de garante de las autoridades nacionales y locales en la provisión del recurso hídrico

La posición de garante en el provisión del agua potable, pesa sobre el Estado, porque los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente la Observación Número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Resolución 64/92 de 2010 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el artículo 356 de la Constitución Política²¹⁹, y los CONPES 3833 de 2005, 3463 de 2007 y 3810 de 2014, si se examinan de forma armónica y articulada, le establecen la obligación de garantizar un suministro de agua potable en condiciones de accesibilidad, disponibilidad y calidad a la población. Si se analiza la situación de desabastecimiento que atraviesa la población

²¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2019, M.P: Diana Fajardo Rivera.

²¹⁸ Pablo PERRINO. “Responsabilidad del Estado y del agente público por omisión en la provincia de Buenos Aires” en *Ética pública y sistemas de responsabilidad del estado y del agente público*, Buenos Aires: La Ley, 1ed, Martín ESPINOZA y Guillermo RIZO (Coord), 2017, p.68.

²¹⁹ Artículo 356 de la Constitución Política. «[...] Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre [...]».

Wayúu, el cumplimiento de este deber requiere del concurso de los ministerios de Vivienda, Salud, Ambiente que planean las políticas para garantizar el acceso, la cobertura y la calidad del recurso hídrico. Del departamento de La Guajira, que debe prestar funciones de auxilio y asistencia financiera y diseñar los planes departamentales de agua y de los municipios que deben transferir los recursos para el desarrollo de las obras, garantizar los subsidios a las personas de menores ingresos, implementar esquemas de estratificación y velar por el cumplimiento de estándares de calidad, disponibilidad, continuidad y eficiencia en la provisión del agua a la población.

El deber de garante del Estado, engloba en este caso, una actuación articulada para satisfacer la demanda hídrica, lo que implica que las autoridades territoriales y nacionales deben actuar conjunta y articuladamente en marco de sus funciones, para garantizar el acceso al agua, que asegure la infraestructura necesaria, las redes de conexión, los tanques de abastecimiento, el personal suficiente, la estructura administrativa y financiera y los equipos técnicos adecuados, pues la comunidad Wayúu, no tienen por qué asumir los efectos del desorden o la desarticulación de competencias entre los distintos entes gubernamentales.

Bajo nuestra perspectiva, el Estado está desconociendo su deber como garante constitucional y legal frente al abastecimiento hídrico, por varias razones:

- No está garantizando la accesibilidad física del líquido vital, pues las fuentes de provisión se encuentren a una distancia irrazonable del hogar de los Wayúu (más de 1 hora de recorrido), al igual que no hay suficientes salidas para abastecer a la población, pues deben realizar largas filas para obtener el agua, debido a la escasez de pozos o jagüeyes. Según la OMS, para que el agua sea accesible, debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de recogida no debe superar los 30 minutos²²⁰.
- No está asegurando la asequibilidad en el precio del recurso hídrico, pues los pobladores deben pagar altos costos para su obtención. Por lo regular las personas deben adquirir el agua de carros- cisternas que hacen recorridos esporádicos e intermitentes por sus territorios, por lo cual la tarifa del servicio es cambiante e irregular y no obedece a parámetros de razonabilidad o a la capacidad adquisitiva de sus habitantes.
- No está garantizando la disponibilidad del recurso acuífero, pues no se está suministrando la cantidad suficiente y mínima de agua (según la OMS, 50 litros por persona al día) para satisfacer las necesidades básicas de bebida alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento de las personas que integran la comunidad étnica.
- No está asegurando la calidad del agua, porque la población continúa abasteciéndose de fuentes que se emplean para fines agrícolas y los acueductos que se han ido construyendo, no se encuentran acreditados científicamente como libres de microorganismos o sustancias nocivas para las personas. Ni el Ministerio de Ambiente ni el de Salud han diseñado modelos conceptuales, técnicos,

²²⁰ Naciones Unidas. El derecho al agua. Disponible en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/water/index.html> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

operativos y de protocolo para garantizar que el agua que se canaliza por esas obras sea apta para el consumo humano, ni han formulado programas de reducción de riesgos y planes de contingencia efectivos para mitigar la escasez del recurso hídrico de forma coordinada y articulada con las entidades territoriales.

El desconocimiento del deber del Estado como garante del suministro del agua en condiciones de accesibilidad, disponibilidad y salubridad, es un elemento trascendente al momento de examinar si es posible imputarle o no responsabilidad por la crisis de desabastecimiento que atraviesa la población Wayúu. Sin embargo, el cotejo de esta responsabilidad no puede ser arbitrario o infundado, pues es indispensable analizar las causales de exoneración que podrían eventualmente exculpar a las autoridades nacionales y locales de ser responsabilizadas por los daños padecidos por esa comunidad étnica. Estas circunstancias de exclusión pueden desvirtuar la hipótesis de responsabilidad en contra del Estado colombiano por la falta de cobertura del recurso hídrico y por eso pasan a examinarse con detenimiento.

4.5 Eximentes de responsabilidad estatal por la falta de suministro de agua potable (principio de progresividad y margen nacional de apreciación frente a los derechos económicos, sociales y culturales)

Tradicionalmente, las causales eximentes de responsabilidad que el Estado podría invocar para evitar ser imputado por la crisis hídrica que padece la población Wayúu, son la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho de un tercero como factores determinantes en la causación del daño antijurídico contra ese grupo étnico. Si se invocan la fuerza mayor o el caso fortuito, se apelaría a que la falla del servicio no podría ser endilgada al Estado porque fue causada por un hecho externo, imprevisible e irresistible²²¹.

Bajo nuestra perspectiva, la fuerza mayor o el caso fortuito no podrían utilizarse como causales eximentes de responsabilidad, pues organismos como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, pusieron en evidencia, mediante informes y alertas tempranas, que la comunidad Wayúu estaba padeciendo un desabastecimiento crítico de agua potable, por lo cual no se trataba de una circunstancia imprevisible para el Estado, pues era un hecho notorio a nivel nacional que la comunidad étnica no tenía acceso al recurso hídrico con las posibles consecuencias contra la vida y la salud, que la escasez del líquido vital podía generar a sus habitantes, especialmente a niños, mujeres y personas de la tercera edad. Asimismo, la crisis hídrica no puede catalogarse como un hecho irresistible, pues, aunque el clima natural de La Guajira es un detonante de la sequía, el Estado al conocer con anticipación el desabastecimiento, tenía el deber a través de sus Ministerios de Vivienda, Salud, Ambiente y las entidades territoriales de planear y ejecutar una estrategia que contrarrestara de forma efectiva los efectos causados por el desabastecimiento.

²²¹ La exterioridad del hecho hace referencia a un suceso que es ajeno a la órbita funcional de la entidad estatal y por esa razón no tiene el deber jurídico de responder. Que sea imprevisible implica que en condiciones normales el agente estatal no puede precaverlo o anticipar su ocurrencia, por lo cual si el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor. Por otro lado, que el hecho sea irresistible hace alusión a que no sea posible evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias. Héctor PATIÑO. «Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual». *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 20, 2011, p.379.

Según la Corte Constitucional, la falta de acceso al agua «no responde únicamente al aumento de las temperaturas y al descenso en las lluvias, pues el Estado desde el nivel central y desde los entes descentralizados tiene responsabilidad por la ausencia de políticas públicas claras para el acceso y disfrute de servicio públicos básicos, acordes a las realidades territoriales de estas comunidades»²²³.

Por otra parte, la existencia del hecho de un tercero que hace alusión a que la crisis hídrica haya sido originada por un particular ajeno a la función estatal, tampoco podría exonerar al Estado de responsabilidad, pues uno de los deberes del Estado, conforme a la Observación N° 15 de Naciones Unidas, es evitar que terceros impidan o limiten de forma arbitraria la accesibilidad del derecho al agua a las comunidades²²⁴. Sobre este punto la doctrina ha señalado que las autoridades públicas tienen el deber de suspender o detener las actividades económicas que contaminen las fuentes fluviales, imponer las sanciones correspondientes por la contaminación o apropiación ilícita de los recursos hídricos, pues de lo contrario el Estado asume la responsabilidad por no controlar la acción de esos terceros²²⁵.

Ahora bien, existe la posibilidad de que el Estado pueda ser exonerado de responsabilidad más allá de las causales clásicas, si se tiene en cuenta que el acceso al recurso hídrico es una obligación progresiva que requiere de un tiempo extenso y de los medios humanos, técnicos y logísticos para lograr su cobertura universal y continua, para lo cual no sería posible exigirle el acceso inmediato al recurso hídrico en condiciones de disponibilidad, regularidad y calidad.

El principio de progresividad hace alusión a que la efectividad de los derechos humanos (en este caso el derecho al agua potable) no puede lograrse en un breve período, pues requiere que los Estados aseguren las condiciones que, conforme con sus recursos materiales, económicos y humanos, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la plena satisfacción de esos derechos a nivel individual y colectivo²²⁶.

El hecho de que el derecho sea progresivo implica adicionalmente que su reconocimiento sea una realidad irreversible y que por ello no puede ser objeto de medidas regresivas que tiendan a limitar o desconocer la efectividad del derecho, pues el Estado debe garantizar unas condiciones básicas y estables para su disfrute pleno en la cotidianidad²²⁷.

En materia de agua potable, la progresividad implica que el Estado debe asegurar las condiciones institucionales en un plazo razonable para que exista la infraestructura necesaria, las redes de conexión, los tanques de abastecimiento, el personal suficiente, la estructura administrativa y financiera y los equipos técnicos adecuados para que las

²²³ Corte Constitucional. Sentencia T-302 de 2017. M.P: Aquiles Arriera Gómez.

²²⁴ Naciones Unidas. Ibíd. «La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua».

²²⁵ Elizabeth SALMÓN. Ibíd. p.255.

²²⁶ Javier CALVO. «Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales». *Revista VIS IURIS*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 1, n.º 1, 2014, p.154.

²²⁷ Christian COURTIS. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2018, p. 20.

personas y las comunidades puedan acceder al agua potable en circunstancias de salubridad, continuidad y disponibilidad²²⁸.

Podría parecer que el carácter progresivo del derecho al agua potable exonera de responsabilidad al Estado, pero ello no es así, pues por un lado si bien la cobertura del recurso hídrico es un proceso largo y complejo que requiere de múltiples acciones logísticas y técnicas por parte de las entidades nacionales y territoriales, existe un núcleo básico que el Estado no ha satisfecho y que no puede ser objeto de gradualidad, que es la cantidad mínima de agua (50 litros diarios) que los integrantes de la comunidad requieren para su subsistencia. Este sustento de agua no puede ser negado so pretexto de su efectividad progresiva, pues su dilación en el tiempo pone en riesgo el derecho a la vida e integridad de los miembros de la etnia, que son derechos de exigibilidad inmediata.

Según Lozano Acosta, el carácter progresivo del derecho al agua potable, que lo sujeta a unas limitaciones de los Estados en el tiempo, no es óbice para que no se protejan de forma inmediata unos niveles mínimos del derecho, pues si el principio de progresividad se interpreta de tal manera que no establezca una obligación mínima de provisión del líquido vital, carecería en gran medida de su razón de ser²²⁹.

Por otra parte, es posible pensar que el Estado podría liberarse de responsabilidad porque tiene un margen de apreciación frente a la satisfacción del derecho al agua potable, es decir, porque son las mismas autoridades nacionales y territoriales las que conforme con sus recursos materiales y humanos disponibles pueden ir haciendo efectivo el derecho a favor de la comunidad Wayúu, por lo cual podría inferirse que ese margen de ejecución, las excluye de tener que responder ante los jueces administrativos por las fallas en el suministro del recurso hídrico.

Esta posición es defendida por Mirtre Guerra, que señala que el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal constituye un derecho social que se encuentra condicionado a los recursos logísticos, financieros y presupuestales del Estado, de manera que su exigibilidad está supeditada a una serie de acciones positivas que deben estar previstas en la ley, sin que los jueces puedan arrogarse la facultad de decretar su reconocimiento, sin existir las partidas económicas para ejecutarlo ni cumplirlo²³⁰.

Bajo nuestra perspectiva, este margen de efectividad no exonera de responsabilidad al Estado, pues esa causal de exclusión está condicionada a que se acredite que las autoridades públicas han utilizado al máximo todos los recursos disponibles para la satisfacción del derecho²³¹, lo que por supuesto no ha acontecido en el caso objeto de estudio, pues según una auditoria de la Contraloría General de la República del año 2017, se han presentado conductas de corrupción dentro del Sistema General de Regalías en La Guajira, pues para el año 2015 se habían contratado doce sistemas para captación y

²²⁸ Ricardo MOTTA VARGAS. «El derecho al agua potable en la jurisprudencia colombiana», *Revista Republicana*, Corporación Universitaria Republicana, n.º 11, 2011, p.57.

²²⁹ Carlos Hernando LOZANO ACOSTA. *El derecho al agua potable en perspectiva ambiental: una aproximación desde el paradigma ecológico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, p.51

²³⁰ Eduardo MITRE GUERRA. *Ibíd.* p.243.

²³¹ Juan BAUTISTA JUSTO. *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Santiago de Chile: Colección de la CEPAL, 2013, p.42,

abastecimiento de agua que debían quedar listos en 2015, sin que para el año 2017 se hubiese iniciado su construcción a pesar que la Alcaldía de Riohacha ya había destinado \$1.630 millones para su edificación. Asimismo, aparecen actas de recibo de millonarios recursos, que no han sido ejecutados en el terreno, cuando ya se ha destinado el 70% del total de los dineros para realizar las obras, lo que evidencia que no se han utilizado al máximo los recursos disponibles para suministrar el recurso hídrico a la población²³².

Igualmente, en las sentencias T-302 de 2017 y T-216 de 2019 se evidencia que los recursos adoptados para mitigar y eliminar la escasez del recurso hídrico a la población Wayúu no han sido suficientes, pues, por un lado, la labor de las entidades nacionales y locales ha estado enfocada en tomar acciones de carácter coyuntural como la entrega de carro tanques o cisterna que proveen parcialmente el agua a la comunidad y no le aseguran una fuente de acceso regular y accesible; y, por otro, las medidas estructurales encaminadas a proveer una fuente del recurso hídrico definitiva y continua como la construcción de acueductos y alcantarillados se encuentran en fase de preparación y planeación, por lo que no han logrado satisfacer la demanda hídrica de la población con el máximo de los recursos disponibles.

El problema del desabastecimiento del recurso hídrico plantea la necesidad de formular una política pública para que los entes públicos impulsen mecanismos coordinados y eficientes que eliminen o mitiguen las causas estructurales de falta de cobertura, disponibilidad y calidad del líquido vital, que impiden a la población Wayúu el acceso de fuentes de agua suficientes y salubres para el desarrollo de sus actividades cotidianas.

4.6 Solución de política pública para el abastecimiento de agua potable a la población Wayúu

Para formular una política pública que sea realmente efectiva para solucionar un problema social, es necesario que incorpore varios factores: i) identificar la población beneficiaria, ii) determinar las metas coyunturales y estructurales, iii) identificar las acciones de corto y largo plazo y los actores institucionales que las van a ejecutar, iv) los indicadores mediante los cuales se van a medir los resultados, y v) un mecanismo de monitoreo y verificación²³³. Cada uno de estos puntos se analizan en los próximos apartados.

- Identificación de la población beneficiaria

Los destinatarios de la política deben ser aquellas personas pertenecientes a la etnia Wayúu en el departamento de la Guajira que no tengan acceso a un mínimo vital de agua potable, es decir que no puedan acceder a 50 litros diarios del líquido vital. Dentro de esta población se debe dar prioridad, en su orden, a los niños, luego a las mujeres (especialmente a las que se encuentran en estado de embarazo o lactancia) y posteriormente a las personas de la tercera edad.

- Metas coyunturales

²³² Contraloría General de la República. Auditoría Fiscal del Sistema General de Participaciones en La Guajira. Ibíd.

²³³ Jahir Alexander GUTIÉRREZ OSSA, Rubén Darío RESTREPO AVENDAÑO, y John Stevens ZAPATA HOYOS. «Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado», *Revista CES de Derecho*, vol.2, n° 8, 2017, p.344.

- ✓ Provisión temporal y parcial del mínimo vital de agua potable a las personas en condiciones de vulnerabilidad, en especial a los infantes y a las mujeres embarazadas o lactantes.
- ✓ Atención de emergencia a los casos de desnutrición crónica o enfermedades gastrointestinales causadas por la falta de acceso al agua.
- ✓ Reducción del recorrido desde las rancherías hasta la fuente de provisión del recurso hídrico.
- ✓ Mejora de la calidad del agua de los jagüeyes de los cuales se nutre la población.
- ✓ Construcción de nuevos pozos subterráneos con agua potable.
- ✓ Suspensión o detención de las actividades económicas que pueden estar afectando el suministro del recurso acuífero.

Las metas coyunturales deben satisfacerse de forma inmediata o lo más rápido posible mediante acciones de corto plazo, pues su falta de cumplimiento pone en riesgo grave la vida y la integridad de las personas, especialmente la de los grupos más vulnerables, pues se trata de niveles básicos de atención en materia de agua potable, frente a los cuales el Estado debe actuar de manera urgente y oportuna²³⁴.

- Acciones de corto plazo y autoridad asignada para su cumplimiento

Acciones de corto plazo	Plazo estimado	Autoridad a cargo
Contratación y entrega de carros cisterna que lleven el agua potable a la población	1 mes	Municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia, con financiación del Ministerio de Vivienda
Atención de emergencia mediante brigadas móviles de salud	2 meses	Ministerio de Salud para las personas en general e ICBF para los niños, niñas y adolescentes
Contratación y entrega de equipos para la potabilización del agua en los jagüeyes	2 meses	Municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia con financiación del Ministerio de Vivienda
Construcción de nuevos pozos para nutrir a la población	3 meses	Municipios de La Guajira con financiación del Ministerio de Vivienda
Suspensión de las actividades desarrolladas por el Cerrejón que pueden estar afectando el suministro del recurso hídrico	4 meses	Ministerio de Ambiente a través del ANLA

²³⁴ JOURAVLEV, Andrei y HANTKE-DOMAS, Michael. *Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento*. Santiago de Chile: Colección la Cepal, 2011, p. 21.

Metas estructurales

- ✓ Provisión continua y definitiva de agua potable para todas las personas que integran la comunidad Wayúu.
- ✓ Atención permanente para casos de desnutrición o enfermedades gastrointestinales ocasionadas por déficit del recurso hídrico.
- ✓ Eliminación de las distancias o los recorridos entre las rancherías y las fuentes de provisión.
- ✓ Incorporación de un modelo técnico que garantice la potabilidad del agua para toda la población.
- ✓ Remoción definitiva de las actividades que pueden estar afectando el abastecimiento del recurso hídrico.
- ✓ Control a los prestadores de agua potable para que garanticen tarifas razonables y la potabilidad del servicio.

Las metas estructurales deben ejecutarse a través de medidas de largo plazo, pues son acciones que demandan un plazo considerable y requieren de un entramado institucional y de una serie de recursos materiales, técnicos, humanos y logísticos para que puedan concretarse en la realidad. Se trata de medidas encaminadas al pleno disfrute del derecho al agua potable y no solo a garantizar sus niveles básicos o mínimos²³⁵.

- Acciones de largo plazo y autoridad asignada para su cumplimiento

Acciones de largo plazo	Plazo estimado	Autoridad a cargo
Elaboración de un plan departamental de agua enfocado a la población Wayúu de La Guajira	1 año	Administración temporal de Agua Potable y Saneamiento Básico del departamento de La Guajira designada por el Ministerio de Vivienda
Elaboración de un CONPES direccionado a satisfacer la demanda hídrica de la población Wayúu en La Guajira	1 año	Ministerio de Vivienda, Ministerio de Salud, Ministerio de Ambiente, ICBF, Gobernación de La Guajira y municipios

²³⁵ Alberto CARDONA LÓPEZ. *Política pública sectorial de agua y saneamiento básico en Colombia: una mirada crítica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1ed, 2012, p.43.

Contratación y construcción de una línea de acueducto y alcantarillado para los habitantes Wayúu	6 meses	Municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia
Modelo técnico que garantice la potabilidad del agua para toda la población	6 meses	Ministerio de Salud y Medio Ambiente
Control a los operadores de agua potable para que garanticen tarifas razonables y la potabilidad del servicio	1 año	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Atención permanente mediante la construcción de hospitales y centros de salud	1 año	Secretarías de Salud de los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia con financiación del Ministerio de Salud
Revocación de la licencia ambiental del Cerrejón e imposición de un plan de manejo ambiental	1 año	Ministerio de Ambiente a través del ANLA

Dejusticia (2017)

- Indicadores

Los indicadores que se van a emplear para determinar si las políticas públicas son eficaces en la obtención efectiva del agua potable a la población Wayúu, se encuentran establecidos en la Observación Número 15 de Naciones Unidas y son los siguientes:

Indicador	Medición de su cumplimiento
Accesibilidad	Se debe verificar que el agua no se encuentre a más 1.000 metros del hogar de sus receptores y el tiempo de recogida no supere los 30 minutos
Asequibilidad	El costo del agua no debe superar el 3% de los ingresos del hogar conforme a su capacidad económica
Calidad	Se debe garantizar que el agua se encuentre libre de microorganismos patógenos o sustancias nocivas para la salud. Según Naciones Unidas si se verifica concentraciones de nitrógeno superiores a 5 miligramos por litro de agua el recurso hídrico debe considerarse contaminado y no es apto para el consumo humano.

Disponibilidad	Se debe verificar que cada integrante de la etnia Wayúu, empezando por los niños, las madres embarazadas, lactantes y las personas de la tercera edad, tengan acceso a un mínimo de 50 a 100 litros diarios de agua potable para su consumo.
----------------	--

Dejusticia (2017)

Para comprobar el cumplimiento de las acciones de corto y largo plazo y la satisfacción de los indicadores, es necesario incorporar un mecanismo de monitoreo y verificación independiente e imparcial que le haga seguimiento a la ejecución de las políticas públicas en materia de agua potable.

- Mecanismo de monitoreo y verificación

Para monitorear y verificar el cumplimiento de las políticas públicas en materia de accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y calidad del agua hacia la población Wayúu, se asignan dos mecanismos:

Uno de alcance nacional integrado por delegados de los Ministerios de Vivienda, Salud y Ambiente, la Gobernación de la Guajira, miembros del ICBF, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y representantes de las comunidades Wayúu, los cuales se reunirán cada 2 meses para revisar la ejecución de las políticas públicas, emitiendo un informe al público sobre las gestiones desarrolladas.

Uno de alcance internacional integrado por el relator especial de Naciones Unidas en materia de agua potable y el relator de la Organización de Estados Americanos sobre esa misma temática, que se reunirán cada 3 meses para revisar que las políticas públicas sí cumplen los estándares internacionales establecidos en la Observación Número 15 de Naciones Unidas, elaborando un informe al público sobre las labores ejecutadas por el Estado.

Conclusiones del capítulo

i) El origen de la situación de desabastecimiento hídrico que atraviesa la población Wayúu es multicausal, obedece a razones sociales que se asocian con la exclusión y el déficit acceso al recurso hídrico que históricamente ha padecido a la población; a motivos políticos, que se fundamentan en la desarticulada e insuficiente gestión de las autoridades a nivel nacional, departamental y municipal y a la corrupción en el manejo del presupuesto público; y a causas económicas que se relacionan con la interferencia de empresas mineras que desvían los caudales de agua potable para su propio beneficio, que afectan los recursos hídricos de los que se nutre tradicionalmente la etnia indígena.

ii) La escasez del recurso acuífero que aqueja a la comunidad Wayúu produce una violación sistemática de derechos fundamentales como la vida, la salud, la seguridad alimentaria y el derecho al trabajo, sin que se hayan estructurado políticas públicas multidimensionales que permitan mitigar simultáneamente la escasez del agua potable y dar solución a las demás prerrogativas básicas que tienen origen en el desabastecimiento.

iii) Las medidas adoptadas por el Estado en su dimensión nacional, departamental y municipal para garantizar la accesibilidad, disponibilidad, calidad del agua potable a la población Wayúu, han sido dispersas y desarticuladas, pues no existe un mecanismo concreto y efectivo que armonice las gestiones de las diferentes autoridades públicas, ni tampoco existen instrumentos de apoyo y de rendición de cuentas unificados. De igual forma, no se han realizado labores tendientes a asegurar que los integrantes de la comunidad étnica tengan acceso a un suministro hídrico continuo, definitivo y cualitativo, pues las gestiones desarrolladas por las autoridades públicas se encuentran todavía en fase de planeación y han estado principalmente direccionadas a dar una solución provisional al desabastecimiento.

iv) Existe una ausencia prolongada de medidas coordinadas por parte de los ministerios de Salud, Ambiente y Vivienda y de las entidades municipales de La Guajira para superar la crisis del recurso hídrico del pueblo Wayúu, en la medida en que estas instituciones públicas en vez de desarrollar una actuación estatal sincrónica para dar solución a la escasez del agua potable, decidieron adoptar una postura pasiva que agravó la situación de desabastecimiento, lo que a la postre derivó en un daño antijurídico contra la comunidad étnica que se refleja en los resultados en materia de morbilidad y mortalidad.

v) El Estado ha incumplido su deber de garante de asegurar una provisión accesible, disponible y de calidad del recurso hídrico a la población Wayúu, pues no ha logrado mitigar de forma estructural las distancias entre las rancherías y las fuentes de abastecimiento. Tampoco ha podido estabilizar o racionalizar las tarifas que se cobran por el suministro de agua, ni asegurar la cantidad mínima del recurso acuífero conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

vi) La progresividad y el margen de efectividad que caracteriza la satisfacción del derecho al agua potable no constituyen causales eximentes de responsabilidad del Estado, pues a las entidades nacionales y municipales les corresponde garantizar un mínimo básico de agua potable de forma inmediata para proteger la vida y la integridad de la comunidad Wayúu y además el Estado no ha agotado los recursos máximos disponibles para el alcance efectivo del derecho, por lo cual no puede objetar que no cuenta con el presupuesto o el capital suficiente para lograr satisfacer la demanda hídrica de los indígenas.

vii) Una solución de políticas públicas que permita hacer frente a la crisis hídrica que sufre la población Wayúu requiere de una estrategia jerarquizada y secuencial que inicialmente identifique a la población beneficiaria, luego determine las metas coyunturales y estructurales junto con las acciones de corto y largo plazo para hacerlas efectivas y los diferentes actores institucionales para ejecutarlas. Adicional a ello, debe establecer indicadores que permitan medir los resultados alcanzados; y por último, debe incorporar un mecanismo de monitoreo y verificación de carácter imparcial y neutral que evidencie los avances y las falencias de las medidas adoptadas por el Estado.

CONCLUSIONES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

1. La responsabilidad del Estado por el desabastecimiento hídrico que atraviesa la población Wayúu se inserta en un contexto multicausal en el cual se entremezclan motivos sociales que han excluido históricamente a esa grupo étnico del líquido vital, motivos políticos que impiden la articulación de las autoridades públicas y un manejo

transparente de los recursos públicos para asegurar la obtención del agua potable, y motivos económicos que se relacionan con la explotación minera del territorio que ha aparejado prácticas de contaminación ambiental sobre los recursos acuíferos.

2. El Estado puede ser responsabilizado extracontractualmente por la falta de suministro de agua potable a la población Wayúu, en la medida en que ha incumplido con su posición de garante al no crear y articular una política pública eficaz que permita garantizar el flujo del recurso hídrico en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad. La ausencia de acciones sincronizadas por parte de las autoridades nacionales, departamentales y municipales para garantizar el agua potable configura un daño antijurídico contra la comunidad Wayúu de La Guajira que ha incidido en sus derechos a la vida, la salud, la seguridad alimentaria y al trabajo, que se refleja en sus cifras negativas de morbilidad y mortalidad que son superiores al promedio nacional.

3. La responsabilidad del Estado es imputable a título de falla presunta por la omisión de políticas públicas en el plano nacional, departamental y municipal, que garanticen el suministro permanente y salubre del líquido vital a la población Wayúu, bajo el entendido que este grupo étnico por hallarse en condiciones de exclusión social, cultural y económica, se encuentra en circunstancias de desventaja para acceder a la prueba, mientras las entidades públicas pueden obtener las evidencias con más facilidad y menos contratiempos por ser las encargadas de planear e implementar las políticas.

4. El Estado en su conjunto puede ser responsabilizado frente a la población Wayúu, por falta de políticas públicas tendientes a solucionar de manera estructural cuatro problemas esenciales: i) la distancia entre las rancherías y las fuentes hídricas que dificultan que la población puede acceder físicamente al agua potable, ii) la presencia de agentes patógenos y nocivos para la salud en los recursos acuíferos, iii) la existencia de un flujo inestable e intermitente del líquido vital, sujeto a constantes paralizaciones, y iv) la imposición de tarifas desproporcionadas e irracionales que no se ajustan a la capacidad de pago para la obtención del agua potable.

5. Las entidades públicas a nivel nacional, departamental y municipal que pueden ser responsabilizadas por falta de formulación e implementación de políticas públicas para garantizar el agua potable la población Wayúu son las siguientes:

- El Ministerio de Salud y Protección Social por no adoptar un modelo técnico que garantice la potabilidad del agua para toda la población conforme al Decreto 1575 de 2007 y no asegurar la atención de emergencia frente a las enfermedades y la desnutrición provocada por la falta o el deficiente suministro del recurso hídrico.
- El Ministerio de Vivienda por la falta de financiación de mecanismos subsidiarios de abastecimiento como acueductos o alcantarillados o carros cisterna que permitan satisfacer la demanda hídrica de la población.
- El Ministerio de Ambiente por no suspender o revocar a través del ANLA las licencias ambientales al Cerrejón, empresa que ha contribuido a ocasionar la escasez y la contaminación del agua potable.
- El departamento de la Guajira por no garantizar el suministro constante y cualitativo de agua potable a la población Wayúu a través de un Plan Departamental de Agua y por no asegurar la asistencia técnica y financiera a los municipios.

- Los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia, por no transferir de manera prioritaria los recursos necesarios y suficientes para la ejecución de las obras de acueducto y alcantarillado, ni garantizar el transporte de carros cisterna que subsanaran el déficit hídrico de la población. Adicionalmente, por no asegurar los subsidios a personas de menores ingresos para garantizar el acceso al recurso hídrico.

6. La responsabilidad del Estado por falta de acceso al agua potable a la población Wayúu se enmarca dentro de parámetros internacionales de derechos humanos, que establecen varios aspectos esenciales: i) un suministro permanente del recurso hídrico con una distancia que no sea superior a los 1000 metros y que el tiempo de recogida no supere los 30 minutos, ii) un flujo básico y mínimo de 50 litros diarios de agua para cualquier persona, y iii) que el recurso acuífero sea apto para consumo humano, evitando la ingesta de fuentes provenientes de pozos subterráneos o jagüeyes que pueden ser peligrosas para la salud.

7. La responsabilidad del Estado por la ausencia de políticas públicas para garantizar la el abastecimiento hídrico tiene varios precedentes judiciales en el Consejo de Estado, especialmente enfocados a diferentes autoridades públicas que permitieron la contaminación de afluentes, proveniente de aguas residuales domésticas e industriales, malas prácticas agropecuarias e inadecuado manejo de basuras, perjudicando de esa manera a la población aledaña que tuvo que asumir una carga ambiental y sanitaria que en condiciones usuales no hubiese tenido que sobrellevar, configurando un daño antijurídico, debido a que esas entidades públicas no cumplieron su rol como garantes de un flujo acuífero en condiciones de salubridad y continuidad. Incluso la más reciente jurisprudencia contenciosa administrativa se ha enfocado a crear políticas de descontaminación, destinación de recursos y mejoramiento de los índices de calidad de agua para garantizar el agua potable a las comunidades.

8. Es fundamental señalar que bajo nuestro juicio, el Estado no puede ser exonerado de responsabilidad por las causales tradicionales de exoneración como el caso fortuito o la fuerza mayor o el hecho de un tercero, pues organismos como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, pusieron en evidencia, mediante informes y alertas tempranas, la situación crítica de desabastecimiento hídrico de la población Wayúu y además autoridades públicas como el Ministerio de Ambiente y la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentran en la obligación de controlar a las empresas que contaminen los recursos hídricos. Tampoco es posible excluir de responsabilidad al Estado por la aplicación del principio de progresividad, pues si bien es cierto que las autoridades nacionales, departamentales y municipales deben contar con tiempo para planear y ejecutar la infraestructura necesaria, las redes de conexión, los tanques de abastecimiento, la estructura administrativa y financiera y los equipos técnicos adecuados para que la población Wayúu pueda acceder al agua potable, estas entidades no cumplieron con el deber inmediato de garantizar un suministro mínimo y básico del líquido vital.

RECOMENDACIONES FINALES

1. Se sugiere que el Estado colombiano adopte una política pública para garantizar el derecho al agua potable a la población Wayúu con varios ejes esenciales:

- Identificación de la población beneficiaria mediante un censo, dando prioridad a los niños, mujeres en estado de embarazo o lactancia y personas de la tercera edad.
- Cumplimiento de metas coyunturales como atención de emergencia, contratación de carros cisterna, mecanismos de potabilización del agua, construcción de nuevos pozos y suspensión de actividades mineras que contaminen el recurso hídrico.
- Cumplimiento de metas estructurales como atención de salud permanente, elaboración de un PDA y un CONPES enfocado a la población Wayúu y contratación de líneas de acueducto y alcantarillado.
- Satisfacción de indicadores del servicio de agua potable con base en parámetros de accesibilidad, disponibilidad y calidad del recurso acuífero.

2. Se recomienda al Estado colombiano adopte acciones sincronizadas y coordinadas a nivel nacional, departamental y municipal para que el suministro de agua potable a la población Wayúu, se ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos establecidos por Naciones Unidas, lo que implica asegurar que el servicio hídrico se suministre bajo las siguientes condiciones:

- Un suministro básico de agua potable de 50 a 100 litros diarios por persona.
- Que la fuente acuífera se encuentre a una distancia inferior a 1.000 metros del hogar de los Wayúu y el tiempo de recogida no supere los 30 minutos.
- Que el costo del agua no supere el 3% de los ingresos del hogar conforme a su capacidad económica o de ser necesario sea subsidiado por el Estado.
- Que las concentraciones de nitrógeno en el agua, no sean superiores a 5 miligramos por litro de agua, garantizando la potabilidad del recurso hídrico.

3. Es fundamental que cada entidad pública, conforme a su órbita funcional y territorial, cumpla con labores esenciales para garantizar que la política pública de suministro de agua potable para la población Wayúu sea eficaz y se asegure su óptimo suministro:

- El Ministerio de Salud debe disponer de brigadas médicas de emergencia, elaborar modelos de potabilidad del agua y enviar personal permanente para atender a la población Wayúu.
- El Ministerio de Vivienda debe destinar partidas presupuestales para la construcción de acueductos y alcantarillados y financiar el transporte de carros cisterna.
- El departamento de La Guajira debe elaborar un Plan Departamental de Agua y asegurar la asistencia técnica y financiera a los municipios.
- Los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia deben contratar la construcción de pozos y redes de acueducto con el aporte financiero del Ministerio de Vivienda y asegurar los subsidios a la tarifa a las personas de menores ingresos.

4. La política pública debe contar con un mecanismo de verificación y monitoreo con dos frentes que son vitales para garantizar que el agua potable le llegue de manera efectiva a las comunidades Wayúu de La Guajira:

- Uno de alcance nacional integrado por delegados de los Ministerios de Vivienda, Salud y Ambiente, la Gobernación de La Guajira, miembros del ICBF, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y representantes de las

comunidades Wayúu, que se debe reunir cada 2 meses para revisar su ejecución y elaborar un informe.

- Uno de alcance internacional integrado por el relator especial de Naciones Unidas en materia de agua potable y el relator de la Organización de Estados Americanos sobre esa misma temática, que debe reunirse cada 3 meses para revisar que la ejecución de las políticas se adopte conforme a parámetros de derechos humanos.

5. Es necesario establecer canales de diálogo y concertación entre las comunidades Wayúu de La Guajira y el Gobierno nacional, departamental y municipal, pues debe garantizarse el mayor nivel de consenso en la política de agua potable, con el fin que las acciones a corto y largo plazo tendientes a asegurar el flujo continuo del recurso hídrico, sean ejecutadas y acatadas por todos los actores involucrados.

6. Es importante que los jueces administrativos adopten un rol cada vez más protagónico, en la formulación y ejecución de políticas públicas para proteger los derechos humanos de grupos históricamente vulnerables dentro de los territorios, especialmente cuando las entidades estatales, no adoptan las medidas sincronizadas suficientes para garantizar su satisfacción efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Alberto CARDONA LÓPEZ. *Política pública sectorial de agua y saneamiento básico en Colombia: una mirada crítica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1ed, 2012.

Alejo VARGAS. *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*. Bogotá: Almudena Editores, 2ed, 2001.

André Noel ROTH DEUBELDE. *De Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, 3ed, 2002.

Andrés Felipe, CADENAS CASAS. “Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva”. *Revista Vía Iuris*, Fundación Universitaria Los Libertadores, n° 22, 2017, pp.45-59.

Andrés NAVARRO AMAYA. *Oportunidades sociales para el desarrollo. La política de agua potable en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Bogotá. Tesis para optar al título en Ciencia Política, 2015.

Carlos Iván MOLINA BULLA. “Comunidad Wayúu y salud nutricional: Dificultades en la construcción de una Política pública intercultural en Colombia”. *GIGAPP Estudios Working Paper*, vol 6, n°127, 2019, pp.298-318.

Catalina IRISARRI BOADA. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano*. Bogotá: Universidad Javeriana, Tesis de grado para optar al título de abogada, 2000.

- CIDH. Resolución 3 del 26 de enero. Ampliación de beneficiarios de medida cautelar N°51/15 a favor de las mujeres gestantes y lactantes de la Comunidad Indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribía respecto de Colombia, 2017. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/3-17MC51-15-CO.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- CIDH. Resolución 50 de 11 de diciembre. Medida cautelar N° 51/15. Niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el departamento de La Guajira, respecto de Colombia, 2015. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- CIDH. Resolución 51 de 2017. Personas mayores pertenecientes a la Asociación Shipia Wayúu de la Comunidad indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribía respecto de Colombia, 2017. Disponible en https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:o1a_7_fmPcQJ:https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/51-17MC51-15-CO.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Ciro MEDINA. “La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado”. *Revista Prolegómenos - Derecho y Valores*, Universidad Militar Nueva Granada, vol.15, n°29, 2012, pp.95-109.
- Claudia SAMPEDRO TORRES. “Factores normativos del acceso al agua potable: contenido real de un derecho”. *Revista Oasis*, Universidad Externado de Colombia, n°15, 2010, pp.256-270.
- Congreso de la República de Colombia, Diario oficial número 41.433 de 11 de julio de 1994. Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html. [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Contraloría General de la República. Auditoría Fiscal del Sistema General de Participaciones en la Guajira, 2017. Disponible en http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/AD-Proceso_auditor/2017/2017210_Info_Def_Aud_Reg_Contra_Dep_Guajira_Vig_2016.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Contraloría General de la República. La Guajira: Recuento de la situación en salud. Boletín Macro Sectorial, 2019.
- Corte IDH. Caso Sawhoyamaya contra Paraguay. Sentencia de 29 de marzo. Fondo, Reparaciones y Costas, 2006. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

- Corte IDH. Caso Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia de 17 de junio. Fondo, Reparaciones y Costas, 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Christian COURTIS. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2018.
- DANE. Metodología de estratificación socioeconómica urbana para servicios públicos domiciliarios. Dirección de Geoestadística, 2019. Disponible en <https://www.dane.gov.co/files/geoestadistica/estratificacion/EnfoqueConceptual.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Defensoría del Pueblo. *Crisis humanitaria en la Guajira*. Informe Nacional. Acción integral de la Defensoría del Pueblo en el Departamento, 2014.
- Defensoría del Pueblo. Alarma: en La Guajira hay 37.000 niños desnutridos. Disponible en <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/2118/Alarma-en-La-Guajira-hay-37000-ni%C3%B1os-desnutridos-Semana.htm>
- Defensoría del Pueblo. Diagnóstico sobre calidad de agua para consumo humano. Informe Defensorial, 2019.
- Dejusticia. Informe de acompañamiento del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad a la inspección realizada por la Corte Constitucional a La Guajira en el marco del proceso T-5.697.370, 2017.
- Dejusticia. Informe de veeduría a las órdenes fijadas por la Corte Constitucional en el marco de la Sentencia T-302 de 2017, 2018.
- Diego Armando, BARRERA AYALA. El proceso de certificación municipal en agua potable y saneamiento básico. *Revista Administración y Desarrollo*, Escuela Superior de Administración Pública, vol.37, n°51, 2009, pp.59-80.
- Diva GARCÍA. “Ordenamiento territorial y descentralización: competencias, recursos y perspectivas”. *Revista Papel Político*, Universidad Javeriana, vol.13, n° 2, 2008, pp.473-489.
- Eduardo MITRE GUERRA. La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de tribunales internacionales de derechos humanos. *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, n° 35, 2013, pp.231-252.
- Elizabeth SALMÓN. “El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Universitas de Filosofía, Derecho y Política*, Universidad Carlos III de Madrid, .vol.16, 2012, 2012, p.2, pp.245-268.
- Enrique GIL BOTERO. *La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

- George MCGRAW. “Defining and Defending the Right to Water and its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence”, *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 8, n° 2, 2011, pp.127-204.
- Germán Darío ISAZA CARDOZO. *El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de Acueducto en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, Tesis para optar al título de Magister en Derecho Administrativo, 2014
- Germán VALENCIA MARTÍN. “Economía política del servicio público de agua potable en Colombia”. En *Agua: un recurso escaso*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1ed, Álvaro SÁNCHEZ BRAVO (dir.), 2006, pp.197-122.
- Gobernación de la Guajira. Por el cual se realizan unas homologaciones de códigos presupuestales al decreto 070 de 2017 y modificaciones al presupuesto de ingresos y gastos del departamento de la Guajira en el sector de agua potable y saneamiento básico. Disponible en <http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/4067/Decreto%20161%20de%202017.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Héctor PATIÑO. “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual” *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n°20, 2011, pp.371-398.
- Henrik LÓPEZ STERUP. (2018). “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública”, *Revista DOXA*, Universidad de Alicante, n°41, 2018, pp.171-192.
- Isabella TORRES y Daniel PERDOMO. *Transporte y almacenamiento de agua para las comunidades wayúu de jujulekat, sirmana y panterramana en el municipio de Manaure*. Cali: Universidad Icesi, 2015.
- Jahir Alexander GUTIÉRREZ OSSA, Rubén Darío RESTREPO AVENDAÑO, y John Stevens ZAPATA HOYOS. “Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado”. *Revista CES de Derecho*, vol.2, n°8, 2017, pp.333-351.
- Jaime BONETT MORÓN y Lucas WILFRIED. “La mortalidad y desnutrición infantil en La Guajira” *Serie Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional*, vol. 1, n° 255, 2017.
- Jaime TORRES MELO y Jairo SANTANDER. *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1ed, 2013.
- Jaime Orlando. SANTOFIMIO GAMBOA. “El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

- Javier CALVO. “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”. *Revista VIS IURIS*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 1, n° 1, 2014, pp-141-161.
- Javier TAMAYO JARAMILLO. *La Responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Temis, 4ed, 2017.
- Jeremy BENTHAM. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 4ed, 2016.
- Jhonny MESA, Carolina MUÑOZ, y Germán AGUDELO, G. “Comunidades organizadas y el servicio público de agua potable en Colombia: una defensa de la tercera opción económica desde la teoría de recursos de uso común”. *Revista Ecos de Economía*, Universidad EAFIT, n°37, 2013, pp.125-159.
- John Jairo MARTÍNEZ. “La regulación de agua potable y alcantarillado, anotaciones al modelo colombiano” *Revista Contexto*, Universidad Externado de Colombia, n°16, 2003, pp.41-46.
- JOURAVLEV, Andrei y HANTKE-DOMAS, Michael. *Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento*. Santiago de Chile: Colección la Cepal, 2011.
- Juan BAUTISTA JUSTO. *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Santiago de Chile: Colección de la CEPAL, 2013.
- Juan Carlos HENAO PÉREZ. “El juez constitucional. Un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, vol.15, n°29, 2013, pp.67-102.
- Juan Carlos HENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ed, 2016.
- Juarez FREITAS y Anderson TEIXEIRA. “Omisión Inconstitucional: Una ampliación Conceptual en el ámbito de las políticas públicas”, *Revista Estudios constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol.11, n°1, 2013, pp.143-166.
- Carlos Hernando LOZANO ACOSTA. *El derecho al agua potable en perspectiva ambiental: una aproximación desde el paradigma ecológico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- Luis Eduardo AMADOR CABRA. “El nuevo marco regulatorio tarifario del sector de agua y saneamiento básico, avances y extravíos”. *Revista Contexto* Universidad Externado, n° 23, 2007, pp.30-60.
- Luis Fernanda CANO BLANDÓN. “La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Papel Político*, Universidad Javeriana, vol.19, n°2, 2014, pp.435-458.

- Luis Fernando MACÍAS GÓMEZ. “Fallo sobre el río Bogotá. Una nueva perspectiva jurisprudencial”. *Revista Ámbito Jurídico*. Sección Análisis Jurisprudencial. Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/fallo-sobre-el-rio-bogota-una-nueva> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Luis Fernando TERNERA BARRIOS. “Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”. *Revista Opinión Jurídica*, vol. 7, n°13, 2018, p.104
- Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ y Juan Camilo RIVERA RÚGELES. “El control judicial de las políticas públicas como instrumentos de inclusión de los derechos humanos”. *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, n°21, 2010, pp-113-137.
- María Teresa PALACIOS SANABRIA. “El Derecho al servicio público domiciliario de acueducto”. *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol.4, n°7, 2005, pp.13-32.
- Martha CONTRERAS y Karina GONZÁLEZ. “El acceso al agua para consumo humano”, *Revista de Economía institucional*, Universidad Externado de Colombia, vol.15, n°39, 2013, pp.125-148.
- Martha REYES VALVUENA. *La responsabilidad del Estado ante la no prestación del servicio de agua potable*. Bogotá: Universidad Libre. Monografía para optar por el título de abogada, 2016.
- Martín BERMÚDEZ MUÑOZ. “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”. *Revista Temas Jurídicos*, n°11, 2015, pp.16-38.
- Mies SUTORIOS y Sonia RODRÍGUEZ. “La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia”. *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n°35, 2015, pp.243-265.
- Ministerio de Ambiente. Decreto 3200 de 2008. Por el cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento y se dictan otras Disposiciones. Disponible en http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/decretos/2008/dec_3200_2008.pdf [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Ministerio de Desarrollo Económico. Resolución 1096 de 2000. Por la cual se adopta el Reglamento Técnico para el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS. Disponible en <http://www.minvivienda.gov.co/ResolucionesAgua/1096%20-%202000.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas El derecho al agua. Folleto informativo No 35, 2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>

- Naciones Unidas. Conferencia de Naciones Unidas sobre el agua en Mar de Plata, 1977. Disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/105490/WHA30.33_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas. Declaración de Dublín. Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente, 1992. Disponible en <http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/E1.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas. Declaración del Milenio. Nueva York, 2000. Disponible en <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas. El derecho al agua a nivel universal. Observación N°15 del Comité de Derechos Económicos y Sociales, 2002. Disponible en <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas. El Derecho al agua y al saneamiento. Resolución 64/92, 2010. Disponible en https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas. El derecho al agua. Disponible en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/water/index.html> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> [Consultado el 9 de septiembre de 2019].
- Nicolás David RODRÍGUEZ FORERO. “Responsabilidad del Estado por omisión de políticas públicas ambientales en el caso colombiano e internacional”, *Revista Iter Ad Veritatem*, Universidad Santo Tomás, n°11, 2015, pp.155-178.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Un debate para no olvidar a La Guajira. Informe del 4 de septiembre de 2014.
- Olga Sofía GONZÁLEZ. El agua potable. *Un servicio público y un derecho humano*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Público, 2011.
- Organización de Estados Americanos. Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, 1999. Disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>. [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

- Pablo PERRINO. “Responsabilidad del Estado y del agente público por omisión en la provincia de Buenos Aires” en *Ética pública y sistemas de responsabilidad del estado y del agente público*, Buenos Aires: La Ley, 1ed, Martín ESPINOZA y Guillermo RIZO (Coord), 2017, pp.64-77.
- Pedro Alfonso SÁNCHEZ CUBIDES. “El sector público estatal y las competencias de las entidades territoriales en Colombia”. *Revista Derecho y Realidad*, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. vol.13, n°25, 2015, pp.13-42.
- Pedro MEDELLÍN TORRES. “La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad”, *Revista la CEPAL*, Serie 93, 2004, pp.5-48.
- Presidencia de la República. Decreto 1575 de 2007. Por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30007> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Procuraduría General de la Nación. Procuraduría pide declarar estado de cosas inconstitucionales por crisis en La Guajira. Boletín de Prensa 172, 2017. Disponible en https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-pide_declarar_estado_de_cosas_inconstitucionales_por_crisis_en_La_Guajira.news [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Procuraduría General de la Nación. *Pueblo Wayúu, con hambre de dignidad, sed de justicia y otras necesidades insatisfechas*. Informe para la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, 2016, p.48.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe elaborado por el Relator Espacial, 2001. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/SRWaterIndex.aspx> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- Ricardo Andrés CANO ANDRADE. “El derecho al agua en el derecho internacional obligaciones internacionales que emanan del concepto de agua como derecho”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 10, No. 19, 2018, pp.101-124.
- Ricardo MOTTA VARGAS. “El derecho al agua potable en la jurisprudencia colombiana”, *Revista Republicana*, Corporación Universitaria Republicana, n°11, 2011, pp.53-67.
- Silvia BERTAZZO. “La Tutela del acceso al agua potable en el Derecho Internacional”. *Revista de la Universidad Católica del Norte*, vol.22, n°2, 2015, pp.55-92.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 99 de 2015. Disponible en https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto_superservicios_0000099_2015.htm [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

UNICEF Comunidades Indígenas Tejedoras de Vida. *El cuidado integral intercultural de la infancia wayuu*. Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 1ed, 2016.

Víctor ABRAMOVICH. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la Cepal*, n°88, 2006, pp.35-50.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, C. P. Enrique Gil Botero. Expediente: 15.567.

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2014, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, radicado 05001-23-31-000-1999-03218-01 (31182).

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2014, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107).

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 28 de enero de 2015, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicado: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 1 de julio de 2015, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 680012315000199901505 01 (31412).

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2015, C. P. Hernán Andrade Rincón, Radicación: 200012331000200401512 01

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 23 de noviembre de 2016, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación: 68001233100020070050401 (41.134)

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 16 de febrero de 2017, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 68001231500019990233001 (34928)

Consejo de Estado, sección segunda, sentencia del 19 de diciembre de 2017, M. P. César Palomino Cortés, Radicación: 44001-23-40-000-2017-00122-01(AC).

Corte Constitucional, sentencia T-578 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-413 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-546 de 2009, M. P. María Victoria Calle.

Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia T-616 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra.

Corte Constitucional, sentencia T-312 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2017, M.P: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia T-302 de 2017, M. P: Aquiles Arriera Gómez.Corte

Corte Constitucional, sentencia SU-698 de 2017, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, sentencia T-216 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.